

情報技術が高度に発達した現代社会における捜索・押収法理のあり方

中央大学大学院 法学研究科 博士課程後期課程 伊藤 徳子

――目次――

序章3
第一章 アメリカ合衆国における捜索・押収に関わる伝統的な第4修正法理5
一. コモン・ロー上の原理—メア・エビデンス・ルール(単なる証拠の原則)5
二. トレスパス法理10
1. Olmstead v. United States	
2. Silverman v. United States	
3. On Lee v. United States	
4. Lewis v. United States	
三. プライヴァシー法理21
1. Katz 判決と Harlan 裁判官補足意見の含意	
2. アプローチの変遷要因	
第二章 アメリカ合衆国における捜索・押収に関わる第4修正上の例外法理28
一. 逮捕に伴う捜索・押収28
1. Chimel 判決以前	
2. Chimel v. California	
3. United States v. Robinson	
二. 自動車例外33
三. 第三者法理39
1. United States v. Miller	
2. Smith v. Maryland	
第三章 テクノロジーの発達による法理の変化44
一. トレスパス・テストの復活44
1. United States v. Jones	
2. 法廷意見とプライバシー・テストの関係	
二. 既存の例外法理とデジタル・データ52
1. Riley v. California	
三. 捜索概念と侵入概念におけるテクノロジーの発達の影響64
1. 物理的侵入と非物理的侵入64
四. 第三者法理とモザイク理論69
1. Carpenter v. United States	
2. モザイク理論に関する考察	

第四章	位置情報に関する日米の法状況90
一.	アメリカ合衆国における基地局情報の取扱い90
二.	我が国における基地局情報の取扱い91
	1. 電気通信事業における個人情報保護に関するガイドライン	
	2. 基地局情報取得型捜査の強制処分該当性	
	3. 通信の秘密との関係	
	4. 令状主義との関係	
三.	我が国における GPS 捜査の法的性質101
	1. 平成 29 年判決以前における裁判例及び学説の理解	
	2. 最高裁平成 29 年 3 月 15 日大法廷判決	
第五章	リモート・アクセスをめぐる問題113
一.	最高裁令和 3 年 2 月 1 日決定113
	1. 越境リモート・アクセスの可否	
	2. 包括的差押え	
	3. 刑訴法 218 条 2 項に基づくオンライン捜索	
	4. 令和 3 年決定の意義	
第六章	我が国におけるプライバシー概念123
一.	プライバシーを巡る先例123
二.	強制処分と任意処分の区別再考130
	1. 「プライバシー」の区別	
	2. プライバシーの期待からのアプローチ	
結論	134

序章

アメリカ合衆国憲法第4修正は、搜索・押収について「何人も身体、住居、書類、及び所持品に対して不合理な搜索及び押収を受けることのない権利は、これを侵してはならない。また、令状は、宣誓または確約によって裏付けられた相当理由に基づいてのみ発付され、かつ搜索すべき場所、および逮捕すべき人、または押収すべき物を特定して明示したものでなければならない¹。」と規定している。これは、アメリカ合衆国がイギリスの植民地であった時代に、一般令状(general warrant)や臨検令状(writ of assistance)により、一般探索的な搜索・押収が横行したという歴史を踏まえて、そのような搜索・押収が行われることのないように制定されたものである²。

第4修正は3段階の分析事項を含む構造になっている。第一に、政府がある行為をしたとき、それが第4修正の規律を受ける搜索・押収に該当するか否か。第二に、搜索・押収に該当する場合、その行為は憲法上合理的といえるか否か。第三に、憲法上不合理な搜索・押収が行われたと認定された場合、憲法上の救済が可能か否かである。第一の問題は、搜索・押収とは何かという、第4修正が保護するものの中枢に関わる問いである。その基準は、トレスパスからプライバシーへと、時代と共に変化してきた。

搜索・押収法理は、常に、科学技術の発達に影響を受ける。科学技術の発達は、捜査機関に新たなツールを提供し、捜査機関は新たなツールを活用した捜査手法を採ることができるようになる。これにより、個人の私的な空間内に物理的に侵入しなければ入手することができなかった種々の情報を、物理的に侵入することなく取得することも可能になった。また、個人に関わる情報がデータ化されている現代において、保管されているデータにアクセスしたり、分散して保管されている情報を統合することで、その者の行動パターンを解析し、思想や嗜好などを把握することも可能である。このように、高度に発達した科学技術・情報通信技術を捜査機関が捜査に利用することによって、個人の私的領域への侵入や深刻なプライバシー侵害が生じ得ることになる。犯罪の解明・捜査の必要性和、私的領域やプライバシーの保護との調和を図る必要があるが、そのためには、時代の要請に合致した搜索・押収法理を模索し、構築する必要がある。

そこで本稿は、我が国の搜索・押収法理に大きな影響を与えているアメリカ合衆国憲法第4修正の搜索・押収法理の理論的な展開を精査することを通じて、我が国における法理論・法実務への示唆を得ようとするものである。

¹ “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

² 井上正仁『強制捜査と任意捜査 新版』33-57頁(有斐閣、2014年)。田宮裕『捜査の構造』220頁(有斐閣、1971年)。

第一章では、「一般的な搜索・押収法理」として、これまでの搜索・押収に関する法理が時代の変化に応じてどのような基準の下で変遷してきたのかを分析する。一般にプライバシー法理が採用されたと言われているリーディングケースよりも前から、プライバシーという権利意識の萌芽が見られたことを指摘する。

第二章では、前章で分析した一般的な搜索・押収法理に対して存在する例外法理を取り上げ、その根底にある発想を分析する。主として、逮捕に伴う搜索・押収と、これに関係して生まれた自動車例外、そして第三者法理の3つを取り上げる。逮捕に伴う搜索・押収という法理は、逮捕が適法なら令状なく搜索・押収できるというルールで、2014年に関連する合衆国最高裁判決が出されたが、これによりサーバーやクラウドの利用と、次に触れる第三者法理の抵触という問題を顕在化した。第三者法理は、任意に第三者に明らかにした情報は保護されないという法理である。この2つの法理の背後にある発想を精査することで、第4修正には「プライバシーの利益 vs. 政府の利益」という対立構造があることを示す。その上で、これらの例外法理以外にも、捜査の必要性が高くプライバシーの利益が縮減している状況において、侵害されるプライバシーの程度が著しく高くない場合には、例外として認められ得るという定式を示す。

第三章では、プライバシーに意味される利益をさらに明らかにすべく、科学技術を用いた捜査手法に関わった近年のケースを参照する。具体的には、GPS 捜査に関するもの、携帯電話の基地局情報に関するもの、携帯電話やコンピュータに保存された情報に関するものを主として取り上げる。これにより、近時有力に主張されている「モザイク理論」について、従来の考え方との関係や、既存の法理に対する影響や問題点等を分析する。

第四章では、問題を非常に多くはらむ位置情報について、アメリカ合衆国と日本での法運用について見る。その中で、我が国の刑事訴訟法上、携帯電話の基地局情報については記録命令付差押えによって取得可能であることを示す。また、基地局情報と性質としては類似するGPSによる捜査の法的性質についても検討する。

第五章では、リモート・アクセスの問題を取り上げる。通信技術の発達により急速にリモート・サーバの利用が一般化したことから、コンピュータに直接接続されていない遠隔地のサーバに証拠になり得る電磁的記録が保管されるケースが増加した。捜査機関はこうした証拠をどのように搜索・押収すべきかという問題に関し、近時、我が国の最高裁が初めて判断を下した。この判断を見ることでリモート・アクセスの問題点について探る。

第六章では、我が国におけるプライバシーに関する先例を精査することを通じて、我が国のプライバシー概念を整理する。その上で、強制処分と任意処分の区別について再検討・再構築することを試みる。

第一章 アメリカ合衆国における捜索・押収に関わる伝統的な第4修正法理

一. コモン・ロー上の原理—メア・エビデンス・ルール（単なる証拠の原則）

メア・エビデンス・ルールが明言されたのは、1921年の *Gouled v. United States* においてである³。Gouled 判決では、有効に発付された令状に基づいて行われた捜索であっても、被告人の所有物（property）である文書の捜索は、アメリカ合衆国憲法第4修正が禁止する不合理な捜索及び押収に当たり、そのような証拠を被告人に不利に用いることは合衆国憲法第5修正上の自己負罪拒否特権を侵害するという判断が示された⁴。その判断を出すにあたり、次のように述べられた。「捜索令状は、刑事手続において本人に不利に用いられる証拠を確保するという目的のみで、人の住居または事務所及び文書にアクセスする手段として用いられてはならない。しかし、押収対象物またはその所有権について、国家（public）または原告に、そのような捜索・押収を行う優越的な権利があると考えられる場合、または、有効な警察権限の行使によって被疑者が財物を所有していることが違法になり、それゆえ占有を獲得することができる場合のみ、捜索令状によることができる⁵。」

要するに、「政府は盗品や禁制品を捜索・押収することができるが、個人の所有物について政府は個人に優越する財産権を有していないため、個人の所有物を対象者の犯罪事実を裏づける証拠として捜索・押収することはできない」という原理である⁶。Gouled 判決は、その論拠について、コモン・ローと、コモン・ローに基づく1886年の *Boyd v. United States*⁷ にあるとする⁸。

Boyd は次のような事案であった。輸入会社を営む Boyd らは、35箱の板ガラスを輸入した。この板ガラスは、関税の支払いがなされていないとして押収された。押収後、連邦の没収手続が開始され、1874年連邦税法にしたがって、連邦地裁がボイドらに、当該板ガラスに係るインボイスの提出を求める命令を出した。1874年法のもとでは、提出命令に従わない場合、政府の主張通りの事実を自認したものと扱われる。そこで、Boyd らは提出命令に従ったものの、自己の有罪を示す証拠の提出を余儀なくさせること（compelled production）は、合衆国憲法第5修正の自己負罪条項に違反すると主張した。

合衆国最高裁の法廷意見を執筆した Bradley 裁判官は、提出命令に従わないことは、政府の主張が証明されたととられることを意味するので、その提出命令はインボイスの提出を義務づけるのに等しいと判示した⁹。そして、人に文書の提出を強制することは、第4修正

³ *Gouled v. United States*, 255 U.S. 298 (1921).

⁴ *Id.* at 310-311.

⁵ *Id.* at 309.

⁶ 安井哲章「合衆国憲法第五修正の自己負罪拒否特権の誕生」法学新報127巻9・10号83頁、106-107頁（2021年）。

⁷ *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886).

⁸ *Supra note 5*.

⁹ *Supra note 7*, at 621-622.

による保護が及ぶきっかけとなる。なぜならそれは必須の要素であり、捜索・押収の唯一の対象及び目的に影響を及ぼすからだと理由づけた。そして、当該提出命令は私的な文書を探すものであるため、第4修正上不合理である旨判示した。

本件提出命令は第4修正を侵害するとした上で、Bradley 裁判官は第5修正の自己負罪条項について分析を加え、第4修正と第5修正の「密接な関係」を指摘した。すなわち、「保護は相互に交差する。それらはお互いに大きな光を投げかけている。第4修正が非難する不合理な捜索・押収は、人に対して自身に不利益な証拠を出すことを義務づける目的で行われることが多い。そして、刑事事件において、自己に対する証人になるよう強いることは、第4修正の趣旨に照らして、何が不合理な捜索・押収なのかということをはっきりさせる。そして、我々は、本人に不利益な証拠として用いるために、その私的な帳簿や文書を押収することは、彼自身に対する証人になることをその者に強いることと実質的に違いはない。」と¹⁰。

Bradley 裁判官は、上記のように合衆国憲法第4修正と第5修正の関係について説明した上で、没収手続で入手したインボイスを証拠として認めることは、第4修正と同様に、第5修正をも侵害すると判示した。没収手続の対象物件の所有者に対して、彼自身の私的な帳簿や文書を提出させることは、「憲法の第5修正の趣旨に照らすと、自己に不利益な証人になることを強いることであり、第4修正の趣旨に照らすと、不合理な捜索・押収と同じである」と述べられている¹¹。

通常、第4修正は、人の住居に物理的に侵入して行われる捜索・押収、第5修正は自己に不利益な証言を拒否するという場面を想定するが、Bradley 裁判官は、方法や態様ではなく実質的な「目的」に焦点を当てている。すなわち、対象者に不利益な証拠の提出を義務づけるという方法で、通常の見つけと同等の目的を達成している点を問題としていると理解できる¹²。

事実上、Boyd 判決は、「第4修正上の権利を侵害して得られた証拠は、第5修正によって、連邦裁判所における訴追手続において、彼に対して用いることができないというルール¹³」を創出した¹⁴。

Boyd 判決における事実は、憲法起草者が不合理な捜索・押収と考えていたものとは異なる。起草者は、屋内で、課税を免れている物について、探索される相当理由のない家屋や事務所について捜索を権限づける一般令状及び判決執行令状を用いることに反対していた。

¹⁰ *Id.* at 633.

¹¹ *Id.* at 634-635.

¹² 安井・前掲注6) 103頁。

¹³ Edward S. Corwin, *The Supreme Court's Construction of the Self-Incrimination Clause*, 29 MICH. L. REV. 191, 203 (1930).

¹⁴ TRACY MACLIN, *THE SUPREME COURT AND THE FOURTH AMENDMENT'S EXCLUSIONARY RULE 5* (2013).

また、たとえ、インボイスの提出を求める裁判所命令を取り込むために第 4 修正の射程を広げるとしても、提出命令自体が「不合理な」搜索・押収にあたらないことは明らかである¹⁵。ボイドらがインボイスを所持していると思料するに足る理由があり、また、本件提出命令は、政府による侵入が行われる対象物を特定明示したものであった。それゆえ、今日の憲法の基準の下では、本件提出命令状の執行によってなされた搜索・押収は合理的だと判断される場面である。要するに、本件提出命令は、Boyd らに対して不利な証拠を見つけるための証拠あさりではなかったのである¹⁶。

しかし、Boyd 判決は、19 世紀末の法規範に基づいて、政府による私的な文書の押収は第 4 修正を侵害すると判断した。私的な文書は、政府による強制的な押収から完全なる保護を与えられているため、インボイスの提出命令は不合理な押収に当たるとする。この結論に到達するに当たって、Boyd において法廷意見を執筆した Bradley 裁判官は、著名な判断である Camden 卿が執筆した Entick v. Carrington¹⁷に強く依拠した。

1762 年、イギリス王室は、複数の扇動的な刊行物を出版した罪で、出版者の John Entick を起訴した。イギリスの国務大臣である Halifax 卿は、Entick を逮捕すること及び彼の文書を押収する令状を発付した。Entick が身柄拘束から釈放された後、彼は自宅を搜索し文書を押収した役人を訴えた。これが Entick v. Carrington である¹⁸。

Camden 卿は、Entick の金銭賠償の請求を認め、本件搜索令状は、証拠を発見することで犯人を発見する手段として適法であったという政府の主張を退けた。Camden 卿によれば、「我が国の法は、有罪判決をとることを進んで助けるような場合に、文書の搜索を規定していないため、その搜索は違法である。法は、人に、自己訴追を義務づけることはないということは明白である。なぜなら、有罪の者に対してであれ、無辜の者に対してであれ、自己訴追を必須の手段とすることは残酷で正義に反する。同じ原理から、証拠を求める搜索も許されないと考えられるべきだ」と述べる¹⁹。Entick 判決のこの部分は、後に、メア・エビデンス・ルールとして知られるようになった。

Entick 判決の時点では、有効な令状があっても、政府の役人には証拠を押収する独立の権限がなかった。政府の搜索・押収権限は、政府が優越的な権利を持つ財物に限定されていた。例えば、盗品、税金が未払いの品物、禁制品に対しては搜索・押収が許される。しかし、「犯人を逮捕し、または後の公判で有罪を裏づける証拠を獲得するための搜索・押収は、要件を充たさない²⁰」。言い換えると、Entick 判決において、コモン・ローは、犯罪の証拠を得るた

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.* 安井・前掲注 6) 106 頁。

¹⁷ Entick v. Carrington, 95 Eng. Rep. 807, S. C. 19 How. St. Tri. 1030 (1765).

¹⁸ 一連の事件の流れや歴史的社会的背景については、下山瑛二「イギリス法における基本権」東京大学社会科学研究所編『基本的人権 2 歴史 I』294-309 頁（東京大学出版会、1968 年）が詳しい。

¹⁹ *Supra note 17*, at 1073.

²⁰ WAYNE R. LAFAYE, SEARCH AND SEIZURE: A TREATISE ON THE FOURTH AMENDMENT, at

めに捜索令状を用いることを許さないという原理が示されたのである²¹。

そして、Boyd 判決が、Entick 判決における、単なる証拠は政府による捜索または押収の対象になり得ないというコモン・ロー原理を採用し、結果的に憲法上の命令に変化させた²²。

Bradley 裁判官は、Entick 判決において宣言された原理は、憲法上の自由と保護そのものに影響を与えると述べている²³。Bradley 裁判官によれば、これらの原理は Entick 判決の事実関係に限定されず、政府が、住居の不可侵 (sanctity of a man's home) と私生活の自由 (privacies of life) を侵害するあらゆる場合に適用される²⁴。第 4 修正違反の本質は、扉を破壊したり引き出しをひっかき回すことではなく、奪うことの出来ない私生活の安全 (personal security)、私生活の自由 (personal liberty)、私有財産 (private property) といった絶対的な権利の侵害にある²⁵。これらの権利は、犯罪の有罪判決によっても決して奪われることはない。Camden 卿の判決の根拠となっているのは、このような神聖な権利の侵害である²⁶。

このように見ると、Entick 判決による「神聖な権利」という価値づけを噛ませることで、自己の有罪を示す供述をさせることと、私的な文書を押収することは、「神聖な権利」に対する侵害である点で共通する。この意味で、Bradley 裁判官は Entick 判決における Camden 卿の判断に依拠することで、第 4 修正と第 5 修正の共通性を指摘したものと考えられる。

さて、永きに亘って採られてきたメア・エビデンス・ルールであるが、この原理は 1 世紀の間に、多くの例外が作られることで着実に狭められていった。例えば、1906 年の *Hale v. Henkel*²⁷では、メア・エビデンス・ルールは法人には適用されないとされ、1927 年の *Marron v. United States*²⁸では、「犯罪供用物件 (instrumentalities)」の定義が、犯罪に参与して (commission) 用いられた物にまで拡大された。また、1948 年の *Shapiro v. United States*²⁹では、法律上保存が義務づけられている記録を捜索・押収し、または提出させることをメア・エビデンス・ルールは禁止していないと判示した。そして、1966 年の *Schmerber v. California*³⁰では、血液検査が合衆国憲法第 4 修正上禁止されるか否かを判断するのにメア・エビデンス・ルールに依拠しなかった。その代わりに、合理的な範囲で捜索・押収することができる「物的証拠 (physical evidence)」と、捜索・押収が不可能な「供述証拠 (testimonial

703 (4th ed. 2004).

²¹ *Supra note 14*.

²² *Id.* at 6.

²³ *Supra note 7*, at 630.

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.*

²⁷ *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906).

²⁸ *Marron v. United States*, 275 U.S. 192 (1927).

²⁹ *Shapiro v. United States*, 335 U.S. 1 (1948).

³⁰ *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966).

evidence)」という区別に依拠した³¹。

このような中で、メア・エビデンス・ルールは、1967年の *Warden v. Hayden*³²において変更されることになる。すなわち、「*Gouled*の区別が今も残っているのは、熟考された判断というより、偶然によるものである。法がこれを残存させている。そのため、議会が、犯罪の単なる証拠を押収するために捜索令状を発付することを認めたことはない。1917年のスパイ活動法（Espionage Act of 1917）において、議会は初めて捜索令状を発付する一般的な権限を付与したが、そこでさえ、当該権限は犯罪の生成物件、供用物件、及び特定の禁制品に限定されていた。*Gouled*は、不必要にも、憲法が捜索・押収を、事実上これらのカテゴリーに限定していると結論づけたのである。*Gouled*の後、この結論を分析する圧力はなかなか高まらなかった。連邦刑事訴訟規則 41(b)は、*Gouled*の上記カテゴリーを連邦当局の令状発付権限に対する制限として組み込んでおり、最近になってようやく、*Mapp v. Ohio*が、『単なる証拠』ルールを州裁判所で問題視するようになったばかりである。連邦裁判所におけるこのルールに対する圧力は、むしろ、押収の対象となる証拠のカテゴリーを広げるという形をとり、それによって、法に無視できない混乱を生じさせている。証拠の押収を妨げるこのルールについて、最もよく示される正当化根拠は、「収集される犯罪生成物件に対する制限は、探すこと（quest）それ自体を制限するのに資する」というものである。しかし、プライバシーは、捜索を月の偶数日に制限することによっても、同様に守られるであろう。そしてそれは、本質とは関係のない問題を防ぐという特別な利点がある。『単なる証拠（mere evidence）』という制限は、実のところ、あまりにも多くの例外を生み出し、混乱を招いているため、それが意味のある保護を与えているかどうかは疑問が残る。しかし、このルールを廃止することで捜索が許容される範囲が拡大し得るが、その侵入は、第4修正上の相当理由と特定性の要件を充たした上で、『中立で公正なマジストレイト』の介在を経て行われるものである。第4修正はこのような状況下でのプライバシー侵害を認めているのであり、『単なる証拠』を確保するための侵害を、犯罪生成物件、供用物件、禁制品を確保するための侵害と区別する妥当な（viable）理由はない。³³」

上記 *Brennen* 裁判官執筆の法廷意見について、「国家の財産権ある物の捜索・押収を肯定するというのは詭弁であって、有罪立証のための証拠の入手が捜索・押収の目的であることを率直に認めようではないかと述べている」との理解も見られる³⁴。*Warden v. Hayden* で、メア・エビデンス・ルールが時代遅れであり、例外の創出により混乱を招くものだと批判され、犯罪生成物件、供用物件、禁制品に該当しない単なる証拠を区別する理由が存在しない

³¹ *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757, 764 (1966).

³² *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294 (1967). 松尾浩也「*Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294 (1967)—単なる証拠物に過ぎない物も差押えの対象とすることができる—」アメリカ法 1969年1号79頁。

³³ *Id.* at 308-309.

³⁴ 渥美東洋『捜査の原理』15頁（有斐閣、1979年）。

と述べられ、メア・エビデンス・ルールが廃止されたのである³⁵。

二. トレスパス法理

1. *Olmstead v. United States*³⁶

盗聴によって傍受された、被告人と他の者との間の私的な会話内容を証拠として使用することが合衆国憲法第 4 修正及び第 5 修正上許されるかという問題を審理することに限定して、合衆国最高裁がサーショレイライを認容した。

申請人らは、ワシントン州西部地区地裁において、酒類の不法所持、輸送、輸入、禁酒法違反等にかかる共犯の罪で有罪判決を受けた。*Olmstead* は主要な共犯者であり、事業の総責任者であった。彼は 1 万ドルの資本金を出し、他の 11 人が 1000 ドルずつ出資した。利益は *Olmstead* が 2 分の 1、残りは他の 11 人に分配された。シアトルにいくつかのオフィスがあったが、メインオフィスは大きなオフィスビルの中にあった。ここには電話回線が 3 本引かれていた。マネージャーのオフィスは、その自宅、同僚の自宅、そして市内の他の場所にも電話を引いていた。また、ブリティッシュコロンビア州のバンクーバーとも頻繁に連絡を取っていた。シアトル近郊のピュージェット湾沿いの場所に「ブツ」を配達する時間が決められていた。

チーフの一人は常に本社で勤務しており、電話による注文を受け、「ブルペン」と呼ばれる別室に配置されたメンバーに注文を伝える役割を担っていた。電話番号は、顧客になりそうな者に教えていた。時には 1 日に 200 ケースもの酒が売れた。

本事件を解明に導いた情報、事件の性質や規模の大部分は、4 人の連邦取締官が共犯者の電話による会話を傍受して得たものである。申請人 4 名の住居からの電話線と、メインオフィスからの電話線に、小さなワイヤーが挿入された。この際、私有財産への侵害はなかった。メインオフィスの電話線のタッピングはオフィスビルの地下で、住居の電話線のタッピングは住居付近の公道で行われた。

証拠収集は何か月も継続して行われ、共犯者らの会話は政府側証人により証言された。それによって大規模ビジネスの実態が明らかになった。傍受された会話の多くが、単なる報告や説明ではなく、犯罪行為の一部について述べるものであった。

Olmstead において、Taft 首席裁判官執筆の法廷意見は、合衆国憲法第 4 修正及び第 5 修正の解釈に関連する合衆国最高裁の主な判例に検討を加えた。まず、*Boyd v. United States* である。関税を支払わずに輸入された 35 枚の板ガラスが港湾で押収され、政府が本事件を立証するために、*Boyd* 社に対し板ガラスの輸入にかかる請求書の提出を強制したという事案であった。*Boyd* は命令に従って請求書を提出したが、このような命令は自己負罪を強いるものであると主張した。「搜索及び押収は、人の私的な文書を強制的に提出させることと

³⁵ *Supra note 32*, at 309.

³⁶ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

同じ」であり、本件で行われた搜索は「第4修正の趣旨に照らし、『不合理な搜索及び押収』である」と述べて、第4修正と第5修正がオーバーラップすることを示唆した。

1874年法では、歳入法に基づく刑事事件ではない場合、検察官は、被告の所有する請求書が合衆国の主張を証明する傾向があると考えたときは、請求書を記載し、証明することが期待される主張を記載した書面による申し立てによって、裁判所からの通知を確保することができる」と規定されている。被告が請求書の提出を拒否した場合、申し立てに記載された主張は自白されたものとみなされるが、提出された場合、弁護士は裁判所の指示の下、請求書を調査することが許可され、これを証拠として提出することができるものとする。この法律は1867年法を引き継いだもので、このような場合、地方判事は利害関係者の宣誓供述により、連邦保安官に令状を発行してインボイスのある建物に入り、これを占有し、判事の命令に従ってこれを保持することができる」と規定していた。これに先立つ1863年の法律では、令状の発行先が連邦保安官ではなく集金人であったことを除けば、同様の趣旨の法律が制定されていた。合衆国検事は1874年法に従い、請求書の提出を強制した。

Taft 主席裁判官執筆の法廷意見は次のように判示した。「合衆国憲法第4修正の文言上、次のことが明白にいえる。すなわち、政府官憲による封緘物の不法な奪取は、発信者の文書または所有物の搜索・押収にあたる。手紙は文書であり、所有物であり、政府の保護の下に郵送されるという政府の保管内にある。合衆国は、電信または電話について、郵送された封緘物と同じような取り扱いをしていない。合衆国憲法第4修正は、本件で行われた行為について禁止するものではない。ここでは、搜索も押収も行われていない。本件証拠は聴覚を用いて得られた、ただそれだけである。そこには、被告人の住居あるいは事務所への立ち入りもない³⁷。」「住居、身体、文書、所有物という文言の可能的・実際的な意味を超える言葉の拡張、換言すれば、見聞きすることを禁止するという意味に、搜索・押収という文言を用いることは、正当化されない³⁸。」

Olmstead は、ワイヤータッピングにより得られた、被告人と第三者の間で行われた電話による内密な会話を証拠として使用することが、合衆国憲法第4及び第5修正に違反するかが問われた事案である。ワイヤータッピングには、住居、身体、文書、所持品に対する「直接的・具体的侵害が存在しないだけに、1900年代の前半における一つの解釈問題をなした³⁹」判断である。

法廷意見は、端的に、被告人の財物へのトレスパスがないため、搜索・押収に当たらないとの判断をした。法廷意見は、「一般令状や臨検令状を禁止した合衆国憲法第4修正の歴史的な目的は、人の住居、身体、文書及び所有物を搜索する政府の強制力の使用を制限し、ま

³⁷ *Id.* at 464.

³⁸ *Id.* at 465.

³⁹ 山中俊夫「アメリカ刑事法判例訳選1 『オルムステッド対合衆国』事件 *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).」同志社法學 17号 425頁 (1965年)。

た、意思に反してこれらを押収することを制限すること⁴⁰」にあると述べている。合衆国憲法第4修正の保護を財産権と結びつけ、第4修正の適否は、それに対する物理的な侵入の有無によって決まるとするトレスパス法理が形成された。

*Olmstead*で示された上記判断は、*Goldman v. United States*⁴¹でも維持され、会話の傍受・録音・盗聴の全ての領域にわたって、「無体物」は第4修正の保護範囲には入らないとする *Olmstead・Goldman* 法理と呼ばれる搜索・押収法理を形成した⁴²。この時期の合衆国最高裁は、本件の他にも、住居・身体・文書・所有物に対する物理的な侵入のみが合衆国憲法第4修正の規律の対象となるという構成をとっている⁴³。すなわち、第4修正により規律される搜索・押収たりえるためには、①トレスパスによって、②有体物が取得されなければならない。

現代のように科学技術が発達していなかった当時においては、通常、押収すべき物は住居や事務所内に置かれていたため、財産権への不当な侵入を禁止すれば足りた。そのため、当時のプライバシー概念は財産権に裏付けられていたのである。入手する物が、会話のような無体物であっても、それ自体保護されるかは別として、少なくとも住居または事務所に現実に立ち入り、盗聴器を仕掛けるといったように、構造的に、住居という財産権への物理的な侵入が先立って生じることとなる。

しかし、会話のような無体物が、公道上で秘密裏に取得される場合や、ワイヤータッピングの方法により電話での会話内容が傍受されるような場合には、財産権侵害は生じない。したがって、有体物であること及びトレスパスがあることは、搜索・押収としての要件というよりも、その時代においては当然の帰結であったといえよう。

次に問題として生じるのは、*Olmstead・Goldman* 法理では、有体物性とトレスパスの存在が、第4修正の適用基準とされたが、トレスパスにより無体物が入手された場合には、この法理はどう扱われるのかであろう。そのことが問題となったのが、*Silverman v. United States*⁴⁴である。

2. *Silverman v. United States*⁴⁵

被告人は、連邦地裁での公判において、コロンビア特別区法により、賭博に関する罪で有罪判決を受けた。そこでは、被告人らの異議を却下して、賭博施設でなされた、有罪を示す被告人らの会話について説明する警察官の証言が証拠として採用された。問題となった本

⁴⁰ *Supra note* 36, at 463.

⁴¹ *Goldman v. United States*, 316 U.S. 129 (1942).

⁴² 渥美・前掲注 34) 45-46 頁。

⁴³ E.g., *Silverman v. United States*, 365 U.S. 505 (1961).

⁴⁴ *Id.* 渥美・前掲注 34) 55 頁は、*Olmstead・Goldman* 法理からの直接的な離脱の傾向を示すケースとして本件を挙げている。

⁴⁵ *Silverman v. United States*, 365 U.S. 505 (1961).

件会話は、アパートのオーナーの許可を得て、隣接する建物を借り、そこから共有の壁に電子聴取機器（いわゆる「スパイクマイク」）を刺し、被告人らの使っている建物の暖房ダクトに触れるまで刺し込み、音声を拾うという方法で盗聴されたものである。

Stewart 裁判官執筆の法廷意見は以下のように判示した。「本件において、官憲は、被告人の住居または事務所の一部、すなわち、被告人の占有する建物の一体部分である暖房装置を、告知も同意もなく不法に使用して、そこでなされた被告人らの会話を盗聴した。こうした事情の下では、州の財産権法の下で科学技術を用いたトレスパスの有無を検討することをためらう必要はない。当合衆国最高裁では、連邦官憲が、令状も同意も得ずに、人の事務所または住居に物理的に侵入し、秘密裏に観察または聴取し、その者の刑事公判で、見聞きした内容を物語るができるという判断をしたことはない。本件においては、その法域の法律問題としての境界部分の壁という細かい解釈を問題にするまでもなく、憲法上保護された領域に現実に入侵したという事実には依拠する。そのような方法で入手された証拠は採用されてはならない⁴⁶。」

Silverman は、正当な権限がないにもかかわらず被告人の占有する場所へ物理的に侵入するという手段で達成された盗聴行為について、被告人の合衆国憲法第 4 修正上の権利を侵害すると判断した事案である。そこでは、会話も第 4 修正上の捜索・押収の対象となり得ることが示された。

従来の *Olmstead*・*Goldman* 法理の下では、有体物性とトレスパスの二つが、第 4 修正の保護を及ぼすメルクマールとされたが、本件では、有体物でない会話という種の証拠であっても、押収の対象たり得るという判断がなされた。すなわち、第 4 修正の保護を及ぼす 2 つのメルクマールの内、有体物性の要件が外されたところに *Silverman* の意義がある。

Silverman 以前の捜索・押収法理（*Olmstead*・*Goldman* 法理）の下では、有体物性の要件が課されていたため、会話のような無体物は保護されない。他方で、捜査技術の発達により、有体物だけでなく、無体物も証拠として入手される。本件は、このようなアンバランスな状態を生み出していた捜索・押収法理の転換点となった。ここから、会話というものに対する社会の価値意識が変化したことを読み取ることができる。これには、電話という装置が一般に広く浸透したことも影響していると考えられる。一般に、電話装置は会話と強く結びついている。電話は、異なる場所にいる他者と会話をする装置だからである。実際に、電話の普及率を見ると、*Olmstead* の判断が出された 1928 年頃は、40%前後であり、また、*Olmstead* を確認した *Goldman* の判断が出された 1942 年頃でも、50%に満たないものであった。しかし、*Silverman* の 1961 年頃になると、普及率は 80%前後にまで上昇している⁴⁷。このよ

⁴⁶ *Id.* at 511-512.

⁴⁷ See W. Michael Cox and Richard Alm, *You Are What You Spend*, N.Y. TIMES Opinion, February 10, 2008, <https://www.nytimes.com/2008/02/10/opinion/10cox.html>, last visited

うな社会の変化という現実在即して、本件では電話による会話が問題とされてはいないものの、会話という無体物にも第4修正上の保護を及ぼし、捜査手法を規律しようとする態度を見て取ることができる。

*Silverman*により、従来の搜索・押収法理では保護されてこなかった無体物の証拠、例えば会話や臭気、温度といったものまで、合衆国憲法第4修正の保護が広く及び得ることとなったのである。後に続く *Wong Sun v. United States* でも、*Silverman* を引いて、会話が第4修正上の搜索・押収の対象となり得ると判示された⁴⁸。

他方、もう一つの要件であるトレスパスの存在については、本件では、現実にはトレスパスが行われたという事実には依拠しているため、残される結果となった。第4修正の保護のメルクマールを、財産権から切り離して考えることについて明確な判断を避けている。

したがって本件により、搜索・押収がトレスパスにより達成された場合には、第4修正の射程に含まれるという搜索・押収法理となった。この点に関して、後述する *Katz* の法廷意見では、本件が「『州の財産法の下での技術的なトレスパス』なしで盗聴された口頭での発言にまで及ぶと明確に判示した」と述べられている⁴⁹。しかし、*Silverman* において合衆国最高裁は、トレスパスの要件まで明確に外したものではない。法廷意見はあくまで、同意も告知もなく、共有部分の壁にマイクを刺し、被告人らの暖房システムに接着させている点で所有権への干渉があることを重視し、トレスパスを認定している。そのため、*Katz* の法廷意見が、本件の判断の一節をそのように理解したことには疑問がある。

トレスパスという、財産権を侵害する、または財産権に干渉する捜査手法に焦点を当てる点において、*Silverman* も、*Olmstead* や *Goldman* に代表されるトレスパス理論の流れに位置づけられる判断である⁵⁰。

しかし、重要なことに、本件には Douglas 裁判官執筆の補足意見が付されており、これは、第4修正により保護されるものは何かということについて重要な指摘をしている。Douglas 裁判官執筆の補足意見は次のように述べる。

「法廷意見が示唆するように、我々の関心は、トレスパスに関するその地域の法律という些末なものにあるのではない。また、捜査手法として用いられた電子的装置がどのようなものであるかということに左右される微妙な区別によって、合衆国憲法第4修正の命令が制限されてはならない。我々の唯一の関心は、住居のプライバシーが侵害されたか否かにあるべきである。本件においては、住居のプライバシーが侵害されており、また、合衆国憲法第4修正及び連邦刑事訴訟規則41条により要求される搜索令状も入手されていないた

July 24, 2022.これによると、電話は、1930年頃から5年間ほど、およそ10%の大幅な普及率低下を見せている。その後、普及率は回復し、現在の電話の普及率は90%を超える。

⁴⁸ *Wong Sun v. United States* 371 U.S. 471, 485 (1969).

⁴⁹ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 353 (1967).

⁵⁰ この点、渥美・前掲注34)55頁は、*Silverman* をトレスパスの要件が崩された判例の一つとして位置付ける。

め、法廷意見の結論に同意する⁵¹。」と。

Douglas 裁判官の上記補足意見は、合衆国憲法第 4 修正の保護の本質は、財産権ではなくプライバシーにあると見て、第 4 修正の問題を検討する場合には、財産権の侵害ではなく、プライバシーの侵害こそが重要な指針となるということを示唆したものである⁵²。この問題意識を反映する形で、合衆国最高裁は、*Silverman* の判断から 6 年後、*Warden v. Hayden* において、「合衆国憲法第 4 修正の主たる目的は、財産権の保護ではなく、プライバシーの保護である」と明言する⁵³。

3. *On Lee v. United States*⁵⁴

被告人 On Lee と面識のある連邦捜査官 Chin Poy は、いわゆる覆面捜査官として、被告人の営む洗濯屋に立ち入り、彼との会話によって負罪供述を入手した。連邦捜査官 Poy は、その際、コートのポケットに小型のマイクを隠し持ち、アンテナを腕に沿わせていた。そして、もう一人の麻薬取締局捜査官 Lawrence Lee が、被告人に気づかれないよう外で受信機を持ち、転送されてくる会話を聴取した。

また、数日後、ニューヨークの歩道において、被告人と捜査官 Poy との会話により、被告人による不利益事実の承認が、麻薬取締局捜査官 Lee により聴取された。

被告人の負罪供述について、後の被告人の公判において、捜査官 Poy は証言を求められていないが、捜査官 Lee は、装置により聞き取った内容について証言を行なった。

被告人は、アヘンの頒布販売及び共謀罪の訴因で起訴された。彼は、当該証言につき、合衆国憲法第 4 修正上の捜索・押収の規定、及び連邦通信法上の規定⁵⁵に違反する方法で入手されたものだとして、証拠の排除を主張したが、両訴因について有罪判決を受けた。連邦控訴審でも、意見がわかれたものの、有罪判決が支持された。合衆国最高裁がサーショレイライを認めた。

On Lee では、盗聴により供述を入手するために、その目的を秘して被告人の店に立ち入った行為がトレスパスに該当するかという問題が扱われた。

Jackson 裁判官執筆の法廷意見は以下のように判示した。「両捜査官の行為は、合衆国憲法第 4 修正が禁止するような、違法な捜索及び押収とまではいえない。本件においては、トレスパスは行われていない。捜査官 Poy は、被告人による黙示の誘いがあったと言わない

⁵¹ *Supra note 45* at 512 (DOUGLAS concurring).

⁵² 大久保正人「新しい捜査方法の適法性について」桃山法学 25 号 25 頁、28 頁 (2015 年)。

⁵³ *Supra note 32*, at 304.

⁵⁴ *On Lee v. United States*, 343 U.S. 747 (1952).

⁵⁵ The Federal Communications Act, 47 U.S.C. § 605 は、「…何人も、送り手から許可されたものでなければ、いかなる通信も傍受されず、傍受された通信については、その通信の存在、内容、大要、目的、趣旨、または意味を何人にも漏示または公表されない…」と規定する。

までも、その同意を得て、仕事場に立ち入ったものである。覆面捜査官の立ち入りは、その立ち入りに対する同意が欺罔により得られたものであるため、同意は無効であり、トレスパスである、という被告人の主張を退ける。原審の判断を支持する⁵⁶。」

本件での盗聴は、一人の捜査官が隠しマイクを持って被告人と会話をし、もう一人の捜査官が、そのマイクから転送されてきた会話内容を、受信機を使って聞き取るという方法で行われた。

被告人のプライバシーに対する影響について、法廷意見は、盗聴が「送信機と受信機の助けを借りたもの⁵⁷」としながらも、「被告人と覆面捜査官との会話を、開いた窓の外で立ち聞きした場合と同様⁵⁸」であるという評価をしている。法廷意見は、両捜査官の行為を分けることなく検討しているように思われるが、よく読むと、被告人と捜査官 Poy との関係、そして、被告人と捜査官 Lee との関係が、それぞれ区別して分析されていることを読み取ることができる。

第一に、被告人と、直接会話をした捜査官 Poy との関係では、被告人は、会話の相手方に対する信用を誤算し、「軽率に⁵⁹」話をしたことから、自らの誤算によるプライバシー——本件においては自己についての情報——の開披がある。被告人は、電子装置による会話の盗聴という観点から、ワイヤータッピングとのアナロジーを主張しているが、法廷意見は、本件盗聴とワイヤータッピングとのアナロジーを否定する。これは、被告人と捜査官 Poy との関係において、両者の間でなされた会話は、被告人による信頼の誤信の上に行われ、ゆえに第 4 修正の保護を受けないという点で、ワイヤータッピングとは大きく事情を異にするためである。したがって、被告人は、捜査官 Poy との間でした会話について、合衆国憲法第 4 修正上の権利を主張することができない。この論理にしたがうと、一方当事者による会話の秘密録音は、一般に、第 4 修正上の保護が及ばないことになる⁶⁰。

Hoffa v. United States で述べられたように、合衆国憲法第 4 修正は、「相手方を信用して、違法行為が暴露されることはないだろうと自ら進んで情報を打ち明けた、法を犯す者の根拠のない信頼を保護するのではない⁶¹」という合衆国最高裁の立場が表明されている。

第二に、被告人と捜査官 Lee との関係である。法廷意見は、捜査官 Lee が会話を聴取した際、マイクとレシーバーの助けを借りたことにより、被告人のプライバシーへの影響は、窓の外で盗み聞きをした場合と変わらないとしている⁶²。要するに、被告人と捜査官 Poy と

⁵⁶ Supra note 54, at 751-752.

⁵⁷ *Id.* at 754.

⁵⁸ *Id.* at 753.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ 一方当事者による装置の使用がある場合として、Lopez v. United States, 373 U.S. 427 (1963); Osborn v. United States, 385 U.S. 323 (1966).

⁶¹ Hoffa v. United States, 385 U.S. 293, 302 (1966).

⁶² Supra note 54, at 753-754.

の間でなされた会話を、捜査官 Lee が窓の外で盗み聞きすることにより侵害される被告人のプライバシーと、被告人と捜査官 Poy との間でなされた会話を、捜査官 Lee がレシーバーを用いて聴取することにより侵害される被告人のプライバシーとは、量的にも質的にも異なるところはないという判断がなされているといえる。確かに、窓の外で盗み聞きをする場合にも、レシーバーにより音声を聞き取る場合にも、事情を知らない被告人によりなされる会話の内容は当然同一であるため、捜査官の聴覚により入手される情報の内容及び多寡に差はないのである。

被告人は、証拠排除という文脈で、捜査官 Poy による後の違法な行為により、立ち入りに関する当初の同意が無効となり、それにより彼の立ち入りは遡及的にトレスパス (“trespass *ab initio*”) を構成するという主張を行なった⁶³。この「遡及的トレスパス (“trespass *ab initio*”)」の法理は、コモン・ローの不法行為の文脈で用いられてきたものである⁶⁴。しかし、*McGuire v. United States*⁶⁵の全員一致の法廷で、Stone 裁判官が述べたように、「この擬制」は、多分に観念的であるため、「民事訴訟における責任のルールとしてのみ適用されるもの」であり、刑事訴訟にまで「この法理が拡張されるべきではない」。「政府の、証拠を利用する権限が行使される場合、起源や歴史、目的に照らして、適用が正当化されないような擬制法理を用いることは許されない。⁶⁶」

以上の理由から、*On Lee* の法廷意見は、本件において被告人がなした、捜査官の立ち入りに対する同意が欺罔により得られたものであるため、同意は無効であり、ゆえに捜査官の立ち入りは遡及的にトレスパスになるという主張を退けている。被告人の主張に応答する形で、「遡及的トレスパス」の法理を、刑事訴訟上の証拠排除ルールとして用いることを否定した *McGuire* を確認したのである。

⁶³ *Id.* at 752.

⁶⁴ *Six Carpenters Case*, 8 Coke 146 a (1610). 事案を紹介しておく。

6人の大工がある酒場に入り、ワインを注文し、この代金を支払った。その後、大工らの要求により、パンと追加のワインが出されたが、彼らはこの支払いを拒否した。この6人の大工らに対しトレスパス(不法侵入)が申し立てられた。本件では、支払い拒絶により、彼らの酒場への立ち入りが遡及的に不法なものとなるかどうかという点が争点となった。

判旨：(1)ある者が法により与えられた権限を濫用する場合には、遡及的にトレスパサー(不法侵入者)となる。しかし、(2)その権限が(法ではなく)当事者により与えられ、それが濫用される場合には、遡及的トレスパサーではない。もちろん、その濫用については罰されなければならないが。(3)単なる義務不履行では、法により権限を有する当事者をして、遡及的トレスパサーとはできない。したがって、本件の6人の大工らは遡及的トレスパサーではない。

On Lee では官憲の行為を問題としていることから、被告人の主張には、特に判旨(1)の点が関わるものであろう。

⁶⁵ *McGuire v. United States*, 273 U. S. 95, 98, 100 (1927).

⁶⁶ *Id.*

法廷意見は、前述の *Goldman* を引用して、「連邦捜査官が、被告人の宿泊するホテルの部屋の外壁に電話盗聴器(detectaphone)を取り付け、それによってその室内で行われた会話を盗聴した行為について、合衆国憲法第 4 修正に違反しない⁶⁷」と判示したことを挙げ、その理由づけとして、「捜査官は、事前に室内に聴取機器を取り付けるためにトRESPASを行っていたが、その装置が機能しなかったため、そのような事情においては、トRESPASが捜索・押収に与えた影響という問題について判断しない」ことを述べている。その上で、本件では、少なくとも「トRESPASは行われていない」ことから、「被告人は未決定の問題を提起することはできない」と述べており、有体物でない会話に対して第 4 修正上の保護を及ぼすべきか否かという判断を回避した判断だといえる。

本件で法廷意見が、会話に対する判断を回避したのはなぜだろうか。本件の時点では、会話を聞き取る捜査手法を問題とする場合、判断の先例となるのは *Olmstead・Goldman* である。Olmstead・Goldman 法理は、合衆国憲法第 4 修正により規律される捜索・押収は、トRESPASがあり、人の有体の財物が対象とされた場合であるとする。これに従えば、会話は有体物ではないため、捜査機関が科学技術の発達に伴い、種々の方法で会話等を入手できるのに対し、対象者は第 4 修正による保護を一切受けないままである。

録音機器等の科学技術の発達に伴い、捜索・押収の基準とされていた *Olmstead・Goldman* 法理と、実社会の価値観と乖離しつつあったことが、本件で法廷意見が判断を回避した理由として挙げられるだろう。これを裏付けるように、本件の 9 年後、*Silverman* において、有体物性の要件が外されている。

4. Lewis v. United States⁶⁸

連邦麻薬取締官がその身分を秘して、被告人宅に、マリワナの購入を打診する電話をかけた。当該捜査官には被告人との面識がなかったため、偽名を名乗った上で、被告人からマリワナを入手できるかもしれないということを共通の友人から聞いたと説明した。これを信じた被告人は、彼の自宅にてマリワナの取引を行うことを示唆し、自宅へ来るよう指示した。

捜査官が指示された被告人宅へ赴き、電話で伝えた偽名を名乗ったところ、中に入ることが許された。定期的に取り引をしてくれるならば割引価格で提供するという話し合いが行われた後、被告人は捜査官を、マリワナの包みが置かれた自宅の玄関先に案内した。捜査官は被告人に代金を手渡し、包みを受け取り、被告人宅を後にした。その後、同様の方法で 2 度目の取引が行われたが、初回の取引で受け取ったマリワナは 5 袋(31.16 グラム)だったところ、2 度目の取引の際には同じ代金で 6 袋(40.34 グラム)のマリワナを受け取った。

約 4 か月後、被告人は逮捕され、麻薬取締法違反の被疑事実で、マリワナの頒布販売に関連する 2 つの訴因で起訴された。被告人は、本件証拠物たるマリワナ、及び、捜査官との間で行われた会話について、証拠排除申立を行なったが、退けられ、これらが公判廷に証拠と

⁶⁷ *Supra note 41*, at 135.

⁶⁸ *Lewis v. United States*, 385 U.S. 206 (1966).

して提出された。覆面捜査官(シークレット・エージェント)による被告人宅への立ち入りが、第4修正に違反しないかが問われた事案である。

Warren 首席裁判官執筆の法廷意見は以下のとおりである。

被告人の主張は、住居というプライバシー空間に、政府が無令状で侵入することは、合衆国憲法第4修正違反になること、そして、欺罔・偽計によって、招く行為が惹起された場合には、本件被疑者により侵入が招かれたという事実は第4修正上の権利の放棄だと判断され得ない、というものである。

政府が種々の犯罪捜査において、おとりを用いたり、捜査官たる身分を秘することができるということは、当合衆国最高裁の判断により、長い間認められている⁶⁹。権利章典の個々の規定により、個人を保護するために、そのような、政府による偽計の抑制がもたらされることは当然である⁷⁰。

被告人は、重罪たる麻薬の頒布販売という特別な目的で、覆面捜査官を自宅に招待している。その唯一の関心事は、その捜査官に、提示された代金を支払う気があるか否かである。捜査官は、二度の被告人宅への訪問中、被告人の違法な取引に欠かせない物として予想した物以外、見たり聞いたり手にとったりしていない。本件捜査官の策略を、憲法上禁止されると判断する場合、事実上、いかなる方法であれ、覆面捜査官を使用すること自体が憲法違反だというルールになってしまう。そのようなルールは、例えば、政府が、被害者が抵抗できないまたは抵抗しない、そして取引が密かに行われるという特徴を持つ組織犯罪を発見するのに、大きな妨げとなってしまう。その最たる例が、麻薬の売買である。

覆面捜査官が被告人宅に立ち込んだという事実は、異なる結論を生じさせるものではない。住居には合衆国憲法第4修正による保護が幅広く認められていることは疑問の余地がないが、本件のように、住居が、違法な取引を行うために、部外者が招かれる商売の拠点に換わっている場合には、それが店や倉庫の中、あるいは車内、または路上で行われた場合と同程度の神聖さしか与えられない。政府の捜査官は、私人と同様、取引の誘いを受け入れることができるし、また、建物の占有者がまさに期待している目的のために、建物に立ち入ることもできる。

Lewis 判決の争点は、連邦麻薬取締官が、その身分を秘して、麻薬の購入に乗り気であるかのように述べ、違法な麻薬取引に使われていた被告人の自宅に招くよう仕向け、そこで取引した麻薬が後に被告人の刑事公判の場で証拠として提出された場合に、第4修正侵害になるか否かである。

法廷意見は、本件事情の下では、第4修正侵害はないと端的に判断したが、その判断過程

⁶⁹ Grimm v. United States, 156 U.S. 604, at 610 (1895); Andrews v. United States, 162 U.S. 420, 423 (1896).

⁷⁰ Massiah v. United States, 377 U.S. 201 (1964); Trupiano v. United States, 334 U.S. 699 (1948).

は検討に値する。法廷意見は、まず、*Grimm* や *Andrews* を引用して、おとりや偽計を用いた捜査手法は「長い間認められた」ものであるとしつつ、*Massiah* や *Trupiano* を引用していることから、政府がおとりや覆面捜査官を用いても、一律に違法となるわけではないが、第 4 修正による規律を受けるということを明言している。そして、被告人の自宅は第 4 修正によって保護される空間であることは「疑問の余地がない」とまで述べている。

しかしその上で、被告人の特定の行為によってその保護が失われる場合があることを指摘する。本件では、住居という一見合衆国憲法第 4 修正による大きな保護を受けるべき空間が、ビジネスの場に替わっている場合には、住居よりも保護されるプライバシーが低いことが示唆されている。完全に私的な空間といえる住居が、ビジネスの場として、第三者の立ち入りを快諾し、場合によっては自ら招き入れる場所になっていけば、外部に開かれた空間となり、保護されるプライバシーはその分減じられるからである。

被告人は、政府の行為について、憲法上許容される限度を逸脱したと主張し、その論拠を主として *Gouled* に求めているが、法廷意見は、本件とは問題を異にするため *Gouled* に依拠するのは誤りだという判断をしている。

Gouled は、連邦官憲の命令により、ただの社交目的の訪問と偽って、被告人の事務所に立ち入り、被告人のビジネス文書を入手したという事案である。*Gouled* では、被告人不在のところを、侵入者が密かにその事務所を探し回り、被告人の負罪を示す私的な文書が押収された。合衆国最高裁は、この、秘密裏に一般的探索的に探し回る行為について、合衆国憲法第 4 修正に違反するものだと判断するのに異論はないと述べた⁷¹。そして、最初の立ち入りが、強制によるものや秘密裡に行われたのではなく、欺罔して得られた招待により惹起されたものでも、第 4 修正に違反すると判断した。

本件においては、政府の侵入権限は何ら行使されておらず、よって立ち入りに際して政府の行為は問題となり得ないのである。政府の侵入権限が一切行使されていないということは、被告人には、本件覆面捜査官が取引場所に立ち入るまで、ある程度積極的な行為があるといえる。具体的には、覆面捜査官との取引に応じる行為、取引場所を指定する行為、取引場所たる自宅に招く行為、そして取引場所たる自宅への立ち入りを快諾する行為が挙げられる。これにより、被告人の自宅に対するプライバシーは被告人自らが開披したものとなり、その神聖さは、自宅一般よりも低いものとなる。

そのような、被告人の行為、すなわち、自宅に第三者を招き入れビジネスを行うプライバシーを減じる行為がある一方で、覆面捜査官の行為は、あくまで、「買って欲しい」、「取引しよう」という言葉を言うように仕向けた、消極的な働きかけに過ぎない。このことを踏まえると、官憲のとった行為が、被告人の言う「憲法上許容される限度を逸脱する」ものとして第 4 修正上不合理だとはいえない。

当然ながら、このことは、住居に招かれて立ち入り、その場所が取引の場と見なされる場

⁷¹ *Supra note 3*, at 306.

合には、常に、捜査官に、負罪証拠を一般的探索的に搜索する権限が認められるということの意味するものではない。この点、法廷意見は、*Gouled*を引用して注意的に付言している。このことは、覆面捜査官の利用は一律に許容されるものではなく、第4修正の枠組みの中で、その態様を検討することを要する。*Lewis*においては、住居が取引の場に替わっており、住居としてのプライバシーが減じられる場合であっても、いまだ第4修正の保護は及ぶということ認識させるものである。

まとめると、本件においては、捜査官の立ち入りが問題となった場所は自宅であり、自宅が第4修正上保護され得る空間であることは明白である。しかし、被告人は麻薬売買という違法な目的のために捜査官を自宅に「招いて」いる。また、被告人は、自宅といえども、そこを「ビジネスの場として外部の者に開いて」いた。合衆国最高裁は、このような、被告人自ら外部に開く行為により、第4修正の保護が失われるとしたのである。

三. プライヴァシー法理

1. Katz 判決と Harlan 裁判官補足意見の含意

合衆国憲法第4修正上の搜索・押収法理において、ランドマークともいわれる判断が *Katz v. United States*⁷²である。

被告人は、ロサンゼルスからマイアミとボストンまで、州を越えての電話による賭博情報を送信した罪で起訴された。FBI が、公衆電話ボックスの外側に電子機器を取り付け、被告人の電話口に発した音声を盗聴・録音した。公判において、被告人の異議にもかかわらず、この録音した音声の一部が証拠として採用され、被告人は有罪判決を受けた。連邦控訴裁判所は、本件録音は合衆国憲法第4修正に違反して入手されたものだという主張を退け、被告人の有罪判決を支持した。これについて、合衆国最高裁がサーショレイライを認めた。

Stewart 裁判官執筆の法廷意見は以下のように判示した。

訴訟当事者は、公衆電話ボックスが「憲法上保護された領域」にあたるか否かを重視している。しかし、抽象的観念で示された一定の「領域」が「憲法上保護されている」のか否かを確定しようとする、本件で示されている問題から注意がそれてしまう。合衆国憲法第4修正が保護するのは、人であって、場所ではないからである。承知の上で、公にされたものについては、自宅や事務所の中であっても、第4修正上の保護は及ばない⁷³。しかし、内密な状態を保とうとするものについては、一般に公開されている領域にあっても、憲法上保護され得る⁷⁴。第4修正は、不合理な搜索・押収から、単なる「領域」ではなく人々を保護するため、第4修正の保護が及ぶ範囲は、囲いが施された場所への物理的侵入の有無によっては左右されない。当合衆国最高裁は次のように判断する。すなわち、*Olmstead・Goldman*の基盤は、後の、トレスパス法理がもはや先例としての拘束力を失っていると明確に述べら

⁷² *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

⁷³ *Id.* at 351.

⁷⁴ *Rios v. United States*, 364 U.S. 253 (1960); *Ex parte Jackson*, 96 U.S. 727 (1878).

れた合衆国最高裁の判断によって、掘り崩されている、と。捜査機関が、被告人の言葉を電子的に盗聴・録音した行為は、電話ボックスを使用している間、その者が有するプライバシーの正当な期待を侵害するため、第4修正上の「搜索・押収」にあたる。

無令状の搜索・押収は、相当理由を疑いなく示す事実があっても、特定の令状要件の例外に該当しない限り、合衆国憲法第4修正の言う「不合理な搜索・押収」にあたる⁷⁵。本件で問題となっている搜索・押収には、令状要件の例外を適用できない。原審の判断を破棄する。

上記のような法廷意見に対し、Harlan 裁判官が補足意見を執筆した。以下の通りである。

以下の3点において、法廷意見を支持する。第一に、仕切られた公衆電話ボックスは、場所 (field) とは異なり、憲法上保護されるプライバシーの合理的期待を有する、住居に類する空間であること。第二に、場所 (place) への電子的侵入は、物理的侵入と同様に、合衆国憲法第4修正違反となり得ること。第三に、無令状で、憲法上保護された領域に侵入することは、不合理だと推定されること。

法廷意見が述べるように、第4修正は場所ではなく人を保護する。しかし、問題は、第4修正が人々に与える保護は何かということである。従前の判断から浮かび上がるのは、第4修正が二つの面を有する要求をしているということである。すなわち、プライバシーの（主観的）期待を現実に表示していること⁷⁶、そして、その期待が、社会が「合理的」だと認めるようなものであることである⁷⁷。それゆえ、人の住居は、その者がプライバシーを期待する場所であるが、彼が第三者の「プレイン・ビュー」へさらした物や行動、発言は保護されない。なぜなら、それらを内密に保っておこうという意図が何ら示されていないからである。他方、公然とされた会話は盗聴から保護されない。そのような状況下でプライバシーを期待することは不合理だからである。

本件において重要なのは、「電話ボックスを占有し、背後のドアを閉め、電話料金を支払った者⁷⁸」には当然、会話が盗聴されていないと「想定する権利が確かにある⁷⁹」ということである。重要なのは、その電話ボックスが普段は「公に開かれている」という点ではない。その電話ボックスは、料金を支払って占有している者が、侵入を受けないと期待し、またその期待が合理的だと認められる、一時的に私的な場所だということが重要である。

本件において、被告人は、以下のような争点整理をした。すなわち、①公衆電話ボックス

⁷⁵ *Agnello v. United States*, 269 U.S. 20 (1925).

⁷⁶ *Supra note 72*, at 361 (HARLAN concurring). “first that a person have exhibited an actual (subjective) expectation of privacy…”

⁷⁷ *Id.* “…second, that the expectation be one that society is prepared to recognize as ‘reasonable.’”

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id.*

が憲法上保護された領域にあたるかどうか、そうであるとして、証拠を取得するために、公衆電話ボックスの上部に電子機器を取り付けて盗聴・録音する行為は、その電話ボックス利用者が有するプライバシーの権利を侵害するか。②合衆国憲法第4修正に違反する搜索・押収とされるには、憲法上保護された領域への物理的侵入が要件とされるか。

前者の争点に関して、訴訟当事者は公衆電話ボックスが「憲法上保護された領域」であるか否かという性格づけにおいて争っている。Weeks v. United States⁸⁰におけるような個人の住居が、そのような領域にあたることは双方とも共通の理解となっているようだが、開かれた場所についての理解を巡っては、争いがある。すなわち、被告人は、公衆電話ボックスの性格について、憲法上保護された領域であると、政府は、憲法上保護された領域でないという主張を、それぞれ展開している。

確かに、憲法上保護された領域論は、一部の合衆国最高裁の判断の中で展開されており⁸¹、「憲法上保護された領域」という概念が大きな意味を持つものであったようにも見える。しかし、本件法廷意見において、「憲法上保護された領域」という概念は抽象的であり、「この概念が、あらゆる第4修正に関する問題を解決するマジックワードとしての機能を果たすことはない⁸²」と述べられたことから、合衆国最高裁は、「憲法上保護された領域」を概念としてではなく結果としてとらえていることが理解できる。すなわち、合衆国憲法第4修正上の搜索・押収が問題となる場合、その性質上、必ず「場所」や「領域」の評価が伴う。個々の事案における種々の事情を検討したところ、問題とされた場所について、合衆国憲法第4修正の保護が及ぶ、ということが述べられたに過ぎない。

しかし、この点に関して、大きな視点変更があったといえる。「憲法上保護された領域」に対する搜索・押収を問題とする場合、視点は、ある空間への侵入という、捜査機関側の行為に向けられている。個人の財産権が及ぶ空間への侵入に着目するトレスパス法理もここに位置づけられる。対して、本件法廷意見及びHarlan裁判官執筆の補足意見で検討された「プライバシーの期待」を問題とする場合、視点は、被疑者の利益に向けられる。

政府は、公衆電話ボックスの「公衆」性、及び、公衆電話ボックスがガラスで仕切られており、外から内部が丸見えであるという事実に依拠して、オープンフィールド・ドクトリンを展開している。オープンフィールド・ドクトリンは、合衆国憲法第4修正による保護は、「公衆が自由にアクセスできる場所または公衆の目に触れる場所⁸³」については及ばないとする法理で、Hester v. United States⁸⁴において表明され、Oliver v. United States⁸⁵で確認さ

⁸⁰ Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914).

⁸¹ *Supra note* 45, at 510, 512; *Lopez*, *supra note* 60, at 438-439; *Berger v. New York*, 388 U.S. 41, 57, 59 (1967).

⁸² *See supra note* 72, at 351 [Foot note 9].

⁸³ 渥美東洋編『米国刑事判例の動向IV』450頁（中央大学出版部、2012年）。

⁸⁴ *Hester v. United States*, 265 U.S. 57 (1924).

⁸⁵ *Oliver v. United States*, 466 U.S. 170 (1984).

れた。

確かに、公衆電話ボックスは、その名の通り、誰もがアクセスできる場所であり、普段は公に開かれている。しかしながら、ある者が電話ボックスを占有し、背後のドアを閉め、電話料金を支払えば、その内部は公衆が自由にアクセスできる場所ではなくなる。その意味において、使用中の公衆電話ボックスは、他者を排除する「住居に類似する空間」ともいえる。Harlan 裁判官が補足意見において、公衆電話ボックスが普段、「公に開かれている」ことではなく、「ドアを閉め、占有し、料金が支払われた」具体的な状況を重要だと指摘しているのも、このことを示唆している。

公衆電話ボックスの利用者が電話をする際に排除しようとするのは、法廷意見が「監視の目ではなく、招かれざる耳⁸⁶」であると表現しているように、第三者に見られる恐れではなく、第三者に聞かれる恐れである。したがって、そのような場合には、たとえ第三者から明視され得るとしても、例えば大声で話している通常の第三者に聞こえるという場合でなければ、オープンフィールド・ドクトリンは正当化根拠にならない。このように、法廷意見と Harlan 裁判官の補足意見を並行して見ると、合衆国最高裁は、公衆電話ボックスにオープンフィールド・ドクトリンを適用することを、個々の事案における特段の事情がない限り、否定していることがわかる。

Harlan 裁判官は補足意見において、第4修正の適用基準は「プライバシーの（主観的）期待を現実に表示していること、そして、その期待が、社会が合理的だと認めるようなものであること」だと表現した。そして、「それゆえ、人の住居は、その者がプライバシーを期待する場所であるが、彼が第三者の『プレイン・ビュー』へさらした物や行動、発言は保護されない。なぜなら、それを内密に保っておこうという意図が何ら表示されていないからだ」と説明する⁸⁷。ここに対応する部分の法廷意見では、*Lewis* と *On Lee* が引用されているため、シークレット・エージェントのような事案では、プライバシーの主観的期待さえ認められないということが示唆されている。*Katz* より後に出される *Smith* 判決以後、プライバシーの主観的期待テストは、捜索・押収の被処分者が、捜索・押収の対象たる場所や物が内密な状態に保たれるという期待を何らかの形で表明していたことを要し、客観的期待テストは、その期待が社会から合理的だと認められるようなものであることを要するものだと理解されている。これは、Harlan 裁判官の補足意見の言う「主観的」という言葉を、文字通り被処分者の主観だと理解するものである。しかし、このように理解すると、「主観的期待」とは限定要素としてどのような意味を持つのであろうか。この点を理解するために、前述の *On Lee* と *Lewis* が有用な示唆を与えている。

Harlan 裁判官の補足意見は、プライバシーの主観的・客観的期待という基準について、従前の判断を整理したものだと述べている⁸⁸。そこでは、先例が引用されていないため、

⁸⁶ *Supra note 72*, at 352.

⁸⁷ *Id.* at 361 (HARLAN concurring).

⁸⁸ *See id.* “My understanding of the rule that has emerged from prior decisions…”

Harlan 裁判官はそれを、あくまで法廷意見を補足するものとして考えていることがわかる。Harlan 裁判官の補足意見に対応する部分の法廷意見では、*On Lee* 及び本件が引用されているため、プライバシーの主観的・客観的期待テストは、*On Lee* と *Lewis*、すなわちシークレット・エージェント法理と強く結びつくものとして理解すべきである。両事案では、前述のように、捜査官の被疑者宅への立ち入りが問題とされたが、その場所は、ビジネスまたは取引の場として利用されており、被疑者が自らプライバシーを開披する行為がある。そのような行為によって、本来、第 4 修正により保護され得るプライバシー空間に対するプライバシーの利益が消滅する。つまり、シークレット・エージェントのような事案においては、プライバシーの主観的期待さえ認められないことになる。これが元々の Harlan 裁判官の補足意見の趣旨であった。

しかし、その後の捜索・押収法理は、後述する *Smith v. Maryland* を契機に、これと異なる展開を見せ、プライバシーの主観的期待という表現は、客観的期待テストの枕詞程度の意味でしか用いられてこなくなったのである⁸⁹。事実、今日の裁判例では、プライバシーの主観的期待に言及しないものも相当数ある⁹⁰。

本件は、私有財産へのトレスパスをもって、合衆国憲法第 4 修正上の捜索・押収にあたるという、伝統的な、財産権に基づく捜索・押収法理を否定したものと一般に理解された⁹¹。

2. アプローチの変遷要因

トレスパスの有無を基準とする発想から、プライバシーの期待を基準とする発想に変遷していったことにはいくつかの背景がある。

第一に、財産権理論の後退である。*Warden v. Hayden* が出されるまで、禁制品、盗品、犯罪供用物件でない限り捜索・押収の目的物にできないとするメア・エビデンス・ルールが存在した。禁制品、盗品、犯罪供用物件には政府の所有権が優越するのに対し、それ以外の物件については、政府は所有権を有しないことを根拠とする。このような財産権に立脚した理論が根底にある中においては、絶対的な所有権を保護すれば、即ち捜索・押収の規律を図ることが可能である。合衆国憲法第 4 修正によって最低限保護された領域（身体、住居、文書、所持品）に対する、所有権を侵害する政府の活動を規律すれば足りたのである。しかし、

⁸⁹ Kerr 教授は「意味を持たない理論（"phantom doctrine"）」だと指摘する。See Orin S. Kerr, *Katz Has Only Step: The Irrelevance of Subjective Expectations*, 82 U. CHI. L. REV. 113, 122-126 (2015).

⁹⁰ *Smith* 以降の判例の考え方が誤っているというわけではない。ただし、プライバシーの主観的期待の元々の意味がシークレット・エージェント法理と強く結びついていることを踏まえると、後述するように、第三者法理が、元々の意味での主観的期待と、*Smith* で理解された意味での客観的期待が融合した法理であることが理解できる。

⁹¹ 堀田周吾「サイバー空間における犯罪捜査とプライバシー」法学会雑誌 56 号 569 頁、581 頁（2015 年）。

Warden v. Hayden でメア・エビデンス・ルールが廃された⁹²。

産業革命によって、多くの人や異文化が流入し、人と人との関わり方が変化した。このような社会構造の変化は法執行にも影響を与え、メア・エビデンス（単なる証拠）の搜索・押収も許されるようになった⁹³。社会の変化により他者との関係が希薄化するにつれて、メア・エビデンス・ルールに依拠していたのでは、およそ捜査ができないというルールの限界が生じたのである。メア・エビデンス・ルールの廃止により、政府が所有権を主張できない物、換言すれば合衆国憲法第 4 修正によって最低限保護された領域についても、搜索・押収の対象とすることが可能になった。そのため、所有権というものを軸に搜索・押収の規律を図ることが困難となっていったのである⁹⁴。

第二に科学技術の発達である。科学技術が発達し、捜査手法として採り入れられると、かつては住居等個人の財産に物理的に侵入しなければ本来取得できなかった情報——住居内の物の位置、室内での会話、住居内の温度等——を、物理的な侵入を伴わずに取得することが可能となる。

合衆国憲法第 4 修正は 1791 年に制定された。当時、高度な科学技術は存在せず、またそのような科学技術の登場は予期すらされていなかったが、時代の変化に伴い当時は想定すらできなかった科学技術が出現し、当時とは全くもって異なる社会的背景となっている。このような中で、制定当時想定されなかった科学技術の出現に、第 4 修正がどこまで適用できるかという問題意識が生じたのである。

第三に、プライバシーという利益の重要性が高まったことである。プライバシーという利益は急に生じたものではない。人の流入によって社会の構成員の関係が希薄になると、自己に関わる情報を内密にしておこうという傾向をたどる⁹⁵。すでに 1886 年頃には私生活の自由というものが利益として認識されていた⁹⁶。このような中で、財産権理論の後退や科

⁹² See *supra* note 32, at 300-301.

⁹³ 渥美東洋『全訂刑事訴訟法〔第 2 版〕』29 頁（有斐閣、2009 年）。Warden v. Hayden 以前は、メア・エビデンスの搜索・押収は弾劾主義に違反すると理解されていた。被告発者に対して、その者に不利な証拠の提出を「強要する」結果になると解されていたからである。この点を捉えて、Warden v. Hayden は弾劾主義の後退を示す判例としても理解される。ここでは所有権理論の後退として位置付けているが、このような理解を否定するものではない。

⁹⁴ See William Stuntz, *The Substantive Origins of Criminal Procedure*, 105 YALE L. J. 393 (1995) [foot note 214]. 緑大輔「無令状搜索押収と適法性判断（1）—憲法 35 条による権利保障—」*修道法学* 28 卷 1 号 177-179 頁（2005 年）は、所有権理論の後退について、プライバシーの要保護性を重視する Rehnquist 裁判官や Powell 裁判官の発想の下で、財産権が「プライバシーの合理的期待」の判断の一要素でしかなかったことを理由に挙げる。

⁹⁵ 鴨良弼『刑事訴訟法の基本理念』63-68 頁（九州大学出版会、1985 年）。このような現象について、渥美・前掲注 93) 143 頁は「都市化社会」と表現している。

⁹⁶ See *supra* note 7, at 630. 緑・前掲注 94) 143 頁は、Boyd の時代においては、プライバ

学技術の発展とも相まって、合衆国憲法第 4 修正が真に保護しようとしているものは何かということが問われるようになった⁹⁷。第 4 修正上の搜索に該当するかの判断において、トレスパスの要件を維持しながらも有体物性の要件を否定した *Silverman* における Douglas 裁判官執筆の補足意見にもそのような発想が見て取れる。合衆国憲法第 4 修正の保護の本質は財産権ではなくプライバシーにあると見て、第 4 修正の問題を検討する場合には、財産権の侵害ではなく、プライバシーの侵害こそが重要な指針となるということが示唆されている⁹⁸。この問題意識を反映する形で、合衆国最高裁は、*Silverman* の判断から 6 年後に、*Warden v. Hayden* において「合衆国憲法第 4 修正の主たる目的は、財産権の保護ではなく、プライバシーの保護である」と明言した⁹⁹。*Katz* においても、「合衆国憲法第 4 修正が保護するのは、場所ではなく人である」と述べられた¹⁰⁰。合衆国において、プライバシーが第 4 修正によって保護されるほど重要な利益であるとの認識が明確になってきたのである¹⁰¹。このような事象が時を同じくして生じた結果、第 4 修正上の搜索・押収法理は、財産権に基づくトレスパス・テストから離脱し、プライバシー・テストへと移行していった。

ァシーが『『権利』として成立していたとまで言うことが適切とは考えにくい』と述べているが、少なくとも「私生活の自由」が利益として認識されていたことは指摘できると思われる。

⁹⁷ *See supra note 72, at 351.*

⁹⁸ 大久保・前掲注 52) 28 頁。

⁹⁹ *Supra note 32, at 304.*

¹⁰⁰ *Supra note 72, at 351.*

¹⁰¹ 柳川重規「『プライバシーの合理的期待』という概念についての一考察」井田良ほか編『新時代の刑事法学 上巻』135 頁（信山社、2016 年）。

第二章 アメリカ合衆国における捜索・押収に関わる第4修正上の例外法理

このようなテストの変遷の下、第4修正上の捜索・押収に当たるとされる行為は、事前に令状の発付を受けなければならない。これは、第4修正の第二の問い、捜索・押収に該当すると判断された行為が憲法上合理的といえるか否かという問題と結びついている。

宣誓または確約によって裏付けられた相当理由に基づいてのみ発付され、かつ捜索すべき場所、および逮捕すべき人、または押収すべき物を特定して明示された令状は、その範囲内で行われる活動が合理的であることを担保する。したがって、無令状でこのような活動が行われた場合、原則として合理的でないとの推定が働く。しかし、無令状での捜索・押収であっても、この推定を覆す正当化根拠がある場合には、例外的に不合理でないとして判断される。

合衆国憲法第4修正による不合理な捜索・押収の禁止が、絵に描いた餅とならないように、合衆国最高裁は、「具体的に確立され、その限界が十分に詳細に示された、僅かな例外に該当しない限り¹⁰²」、無令状での捜索・押収を禁止してきた。しかしながら、合衆国最高裁は、そうした例外法理を拡大し、プライバシー保護に対する懸念が一時高まった。

一. 逮捕に伴う捜索・押収

令状要件が憲法上の地位を有するものであるかどうかは、盛んに議論がなされているところであるが¹⁰³、少なくとも、合衆国最高裁は、令状要件について各種の例外を認めている。そのひとつが、「逮捕に伴う捜索」というルールである。逮捕に伴う捜索は、*Weeks v. United State*¹⁰⁴の判断の中で、「犯罪の成果物または証拠を発見し押収するために適法に逮捕が行われた場合、イギリス法及びアメリカ法上常に認められる、被疑者の身体を捜索する権限¹⁰⁵」として、初めて認められた。それ以降、長く確立した法理として用いられたが、その適用範囲を巡っては、同じくらい長い間、議論がなされてきたのである¹⁰⁶。無令状で捜索が認められる対象や範囲は拡大しては縮小し、また拡大しては縮小し、判断が大きく揺らいでいたが *Chimel* 判決によって、従来の逮捕に伴う捜索という例外法理の土台が形成された¹⁰⁷。

1. *Chimel* 判決以前

¹⁰² *Supra note 72*, at 357.

¹⁰³ See David Gray, *Fourth Amendment Remedies as Rights ; The Warrant Requirement*, 96 B.U. L. REV. 425 (2016).

¹⁰⁴ *Supra note 80*.

¹⁰⁵ *Id.* at 392.

¹⁰⁶ 逮捕に伴う捜索・押収法理に関する裁判例の変遷については、See Thomas Rosso, *Unlimited Data? : Placing Limits on Searching Cell Phone Data Incident to a Lawful Arrest*, 82 FORDHAM L. REV. 2443, 2449-2451 (2014).

¹⁰⁷ See *Fourth Amendment—Search and Seizure—Searching Cell Phones Incident to Arrest—Riley v. California*, 128 HARV. L. REV. 251 (2014).

合衆国最高裁は、*Weeks* の判断後、50 年以上もの間、逮捕に伴う捜索という例外をどのように解釈すべきか決めかねていた¹⁰⁸。*Weeks* では、被逮捕者の身体を捜索する権限だけが認められたが、1927 年に合衆国最高裁は、警察官は逮捕の「現場」も捜索できると判断した¹⁰⁹。ここにいう「現場」は「違法な目的に使用された建物(premise)の全て」を含むものであった¹¹⁰。しかしその後、*Go-Bart Importing Co. v. United States*¹¹¹において合衆国最高裁は、被告人を逮捕した場所である事務所の捜索を認めなかった。また、*United States v. Lefkowitz*¹¹²でも、シングルルームの探索的・包括的な、証拠収集のための捜索が違法だと判断された。

1947 年に、合衆国最高裁は *Harris v. United States*¹¹³において、再び広範な捜索を認めた。*Harris* は、軍の徴兵令状(military draft cards)に関連する詐欺を被疑事実とする逮捕に続いて、被逮捕者の 4 部屋のアパートの捜索が行われたという事案であった。合衆国最高裁は、逮捕に伴う捜索は「適切な状況があれば、被逮捕者の身体だけでなく被逮捕者の直接の支配下にある建物まで含めて行うことができる¹¹⁴」と判断し、隠匿されている可能性があり、それもそのアパートのどこかにあるであろう「起訴に係る犯罪の手段や道具を対象を絞って行われている¹¹⁵」ことを理由に本件捜索を合理的なものだと結論付けた。合衆国最高裁は *Trupiano v. United States*¹¹⁶において逮捕に伴う捜索権限について、「厳格な制限を受ける¹¹⁷」とし、「適法に逮捕が行われたという事実のみをもって無令状での捜索が認められるわけではない¹¹⁸」と述べて *Harris* でなされた広範な理解から距離をとった。

しかし、それから間もなくして *United States v. Rabinowitz*¹¹⁹において、また広範囲の徹底的な捜索が認められた。その後、*Chimel* 判決が出されるまでの 19 年に渡り、*Rabinowitz*

¹⁰⁸ See *Chimel v. California*, 395 U.S. 752, 755 (1969). 「逮捕に伴う捜索という例外を広範に解釈するのか厳格に解釈するのかという問題についての合衆国最高裁の判断は一貫しているとは到底いえない」と指摘している。*Chimel* 判決に至るまでの逮捕に伴う捜索・押収に関する判例の変遷については、田宮・前掲注 2) 218 頁以下が詳しい。

¹⁰⁹ *Supra* note 28.

¹¹⁰ *Id.* at 199.

¹¹¹ *Go-Bart Importing Co. v. United States*, 282 U.S. 344 (1931).

¹¹² *United States v. Lefkowitz*, 285 U.S. 452 (1932).

¹¹³ *Harris v. United States*, 331 U.S. 145 (1947), overruled by *Chimel*.

¹¹⁴ *Id.* at 151.

¹¹⁵ *Id.* at 152-153. See *supra* note 106, at 2450.

¹¹⁶ *Trupiano v. United States*, 334 U.S. 699 (1948), overruled by *Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950), overruled by *Chimel*.

¹¹⁷ *Id.* at 709.

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950). 本件では、被告人が逮捕された場所である事務所に対して行われた 90 分に渡る捜索が適法だとされた。なお *Frankfurter* 裁判官の反対意見が付されている。See at 68.

が先例としての地位を確立し、『適法な逮捕に伴う無令状捜索』は、一般に、被逮捕者の『占有』又は『支配下』にあると考えられる領域まで行うことができる¹²⁰』と理解された。

2. Chimel v. California¹²¹

このように、逮捕に伴い無令状で捜索できる範囲は縮小・拡大を繰り返し、判断に大きな揺れがあった中で、Chimel v. California は、現在の逮捕に伴う捜索法理の理論的土台を形成した¹²²。本件は、令状により被疑者を逮捕した警察官が、続けて被逮捕者の家中を捜索した行為が、合衆国憲法第 4 修正上、合理的かどうかが問題となった事案である。合衆国最高裁は、逮捕に伴う捜索・押収が認められる理論的根拠を明らかにするとともに、第 4 修正上合理的か否かを判断するルールを示した。また、逮捕に伴う捜索・押収は無制限に認められるものではなく、範囲的限界があることを明確にした。

法廷意見は、逮捕に伴い無令状で捜索を実施することが認められる根拠として 2 つの別個の要素を指摘する。第一の正当化根拠は、逮捕者の安全を確保する必要性である。「逮捕時、被疑者が逮捕に抵抗し、逃亡するのに用いられる可能性のある凶器を取り上げるために被逮捕者の身体を捜索することは、逮捕者にとって合理的¹²³」であり、さもなければ、「逮捕者の身体が危険にさらされる恐れが十分にあり、逮捕それ自体が完遂できない¹²⁴」からである。

第二の正当化根拠は、証拠破壊を防止する必要性である。「被逮捕者が身につけている証拠を捜索し押収することは、証拠の隠滅や破壊を防ぐために合理的¹²⁵」だからである。この 2 つの根拠は、主として、被疑者を逮捕するという状況にあっては、逮捕を完遂するために逮捕者の安全を守り証拠破壊を防止するという政府の利益が高まっていることに基づくものと理解できる¹²⁶。

本件では、逮捕に伴う捜索は 2 つの異なる必要性から正当化されることが示された。そして、この理論的根拠からの帰結として、逮捕に伴う無令状捜索は、「被逮捕者の身体、及び被逮捕者の直接の支配領域(“the arrestee's person and the area 'within his immediate

¹²⁰ See *infra* note 121, at 760.

¹²¹ Chimel v. California, 395 U.S. 752 (1969). 本件の邦語文献として、香城敏磨「Chimel v. California (395 U.S. 752, 1969)——逮捕に伴う捜索・差押えは、被逮捕者の身体およびその直接の支配下にある場所においてのみ行なうことができ、この範囲をこえるときは第 4 修正に違反する」アメリカ法 1970 年 2 号 278 頁 (1970 年)。

¹²² Chimel 判決以降の逮捕に伴う無令状捜索の問題について、田宮・前掲注 2) 234-243 頁、井上・前掲注 2) 331-373 頁、緑大輔「合衆国での逮捕に伴う無令状捜索—チャイメル判決以降—」一橋論叢 128 卷 1 号 75 頁 (2002 年)。

¹²³ *Supra* note 121, at 763.

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ Riley v. California, 573 U.S. 373, 391-392 (2014).

control”)¹²⁷」に限定して認められると判示した。

後に、逮捕に伴う捜索が認められる範囲について、本判決の判断が踏襲されたことから、この範囲の限定は、もはや、逮捕に伴う捜索の適法性基準となっている。

3. United States v. Robinson¹²⁸

Chimel 判決で示された逮捕に伴う無令状捜索の正当化根拠を一步進めて、より一般化し実務上使いやすいものにしたのが United States v. Robinson である。警察官が、無免許運転の被疑事実で逮捕した被告人にボディ・チェックを実施したところ、ポケットからタバコの箱が発見され、さらにその箱の中を調べたところ、ヘロインが発見された。本件は、タバコの箱を開けて、その中身を調べた警察官の行為が、逮捕に伴う無令状での捜索法理の下で、合衆国憲法第4修正上合理的かどうか争点となった事案であり、被逮捕者の身体(着衣)から発見された物の中身の捜索に Chimel 判決を適用した唯一の合衆国最高裁判決である¹²⁹。

合衆国憲法第4修正は第二文で、「令状は、宣誓または確約によって裏付けられた相当理由に基づいてのみ発付され、かつ捜索すべき場所、および逮捕すべき人、または押収すべき物を特定して明示したものでなければならない」と定め、いわゆる令状要件を規定している¹³⁰。これによれば、捜索・押収を行うためには、相当理由 (probable cause) に基づく令状が要求される。捜索・押収を行うにあたり、少なくとも、相当理由という実体要件が備わっていないなければならない。

この点に関連して、Chimel 判決が出された後、警察官の捜索権限は、逮捕が行われれば自動的に認められるものなのか、それとも、証拠または凶器が捜索中に発見される可能性があることを示す事実が示されなければならないのかということが問題となった。この問題が最も一般的に生じるのは、軽微な交通違反や、同程度の軽微な犯罪であるため、証拠がなく、犯人が武装しているとも思われえないような状況においてである¹³¹。

本判決は第一に、警察官は、逮捕が適法であれば、Chimel 判決により正当化される範囲(被逮捕者の身体、及び被逮捕者の直接の支配領域)において、無令状捜索を行う際に、逮捕犯罪に係る凶器または証拠が隠匿されている可能性があるかどうかを事案ごとに吟味する必要はないことを示した¹³²。被疑者を逮捕するという状況においては、そのような危険が典型的に認められるという判断がなされたものである。そこでは、「相当理由に基づく

¹²⁷ *Supra note 121*, at 763.

¹²⁸ United States v. Robinson, 414 U.S. 218 (1973).

¹²⁹ 1 WAYNE R. LAFAYE, SEARCH AND SEIZURE: A TREATISE ON THE FOURTH AMENDMENT § 5.2, at 128. (5th ed. 2012).

¹³⁰ 令状要件の憲法的地位を巡っては、盛んな議論がなされている。See *supra note 103*.

¹³¹ *Supra note 129*.

¹³² See *supra note 128*, at 235. このことは、*Thornton* においても確認されている。See *Thornton v. United States*, 541 U.S. 615, 631-632 (2004).

被疑者の逮捕は、合衆国憲法第4修正上、合理的な侵入である。つまり、そのような侵入は適法であり、逮捕に伴う捜索を正当化するのにこれ以上の正当化理由は必要ない¹³³」と述べられている。換言すれば、逮捕が適法であるということは、相当理由に基づいて逮捕が行われたことを示しており、逮捕に伴う捜索・押収で要求される相当理由 (probable cause) は、逮捕において要求される相当理由——その者が罪を犯したと疑うに足りる相当な理由——で足りるとということが示唆されていると読むことができる。

逮捕が適法であれば、逮捕に伴う無令状捜索が正当化される *Chimel* の根拠—凶器隠匿または証拠破壊の恐れ—があるかどうかを個別に吟味することなく、被逮捕者の身体及び直接の支配領域について捜索して良いとする *Robinson* 判決は、現場の捜査官にとって、ある意味で非常に明確なルールを提供するものであった¹³⁴。

さらに本判決では、*Chimel* 判決を適用して、被逮捕者の身体の捜索と、それにより発見された容器¹³⁵の内容の捜索とは区別されず、警察官は、逮捕に伴う捜索中に被逮捕者の身体から発見した「容器 (container)」の内容についても捜索できるということを確立した。

このコンテナ理論を用いることで、逮捕に伴う捜索中に被逮捕者の身体から発見された物を捜索することが許されるかという問題は、ある程度の解決を見た。事実、*Robinson* 判決以降の事案では、*Chimel* 判決で示された範囲内において、*Robinson* 判決により、財布¹³⁶や住所録¹³⁷についても逮捕に伴い無令状で捜索できるという判断がなされた。

本判決では、「相当理由に基づく被疑者の逮捕は、合衆国憲法第4修正上、合理的な侵入である。つまり、そのような侵入は適法であり、逮捕に伴う捜索を正当化するのにこれ以上の正当化理由は必要ない¹³⁸」と説明されている。これは、*Chimel* 判決の正当化根拠が政府の利益の増大に着目するものであったのに対し、逮捕行為により被逮捕者のプライバシー

¹³³ *Id.*

¹³⁴ 種々の事柄について瞬時の判断が求められる現場の警察官にとって、最も厄介であるのは、微妙な判断が求められる線引きが明確でないルールであろう。そのような観点から見れば、「適法な逮捕があれば、捜索・押収して良い」という *Robinson* のようなポジティブなルールとは反対に、「この類型においては、捜索・押収をするには令状が必要である」というネガティブなルールであっても良いのである。

¹³⁵ *Robinson* の事案においては、被逮捕者の身体からタバコの箱が発見され、さらにその中身を調べたことが問題となった。

¹³⁶ See *United States v. Molinaro*, 877 F.2d 1341, at 1346 (7th Cir. 1989); *United States v. Richardson*, 764 F.2d 1514, at 1527 (11th Cir. 1985); *United States v. McEachern*, 675 F.2d 618, at 622 (4th Cir. 1982); *United States v. Passaro*, 624 F.2d 938, at 943 (9th Cir. 1980); *United States v. Gay*, 623 F.2d 673, at 675 (10th Cir. 1980); *United States v. Castro*, 596 F.2d 674, at 677 (5th Cir. 1979).

¹³⁷ See *United States v. Rodriguez*, 995 F.2d 776, at 777 (7th Cir. 1993); *United States v. Holzman*, 871 F.2d 1496, at 1504 (9th Cir. 1989); *United States v. Napolitano*, 552 F. Supp.465, at 483 (S.D.N.Y. 1982).

¹³⁸ *Supra note* 128, at 235.

一の利益が縮減していることが重視されている。すなわち、被告人の逮捕によって、プライバシーの期待が縮減しているため、身体を捜索しポケットから発見されたタバコの箱の中身を調べたとしても、被告人の逮捕にあたり政府が行使した権限に比べて、わずかな追加的侵害でしかないという論拠から、被逮捕者の身体への捜索及び、それにより発見されたタバコの箱の中身について捜索したことを認めるのである。

しかしながら、被逮捕者のプライバシーの利益が縮減しているという事実は、合衆国憲法第 4 修正の射程から完全に外れるということの意味するものではない。単に身柄拘束されているという理由だけであらゆる捜索が許容されるわけではない。プライバシーに関する問題が十分に深刻である場合には、被逮捕者のプライバシーの期待が縮減していても、捜索には令状を必要とする。そのような場合に当たる一つの例が前述の *Chimel* のような事案である。すなわち、*Chimel* 判決では、人の住居を徹底的に捜索したことによって生じた侵害について、些細な追加的侵害だという理解をとらなかった。合衆国最高裁は、被逮捕者の住居全体の捜索によって生じる侵害は、逮捕それ自体によって生じる侵害よりも大きいことを理由に、令状を要すると判断したのである。

Robinson 判決は、逮捕に伴い被逮捕者の身体から発見された物の内容の捜索が認められるのは、逮捕それ自体により生じる侵害の程度に比して、続いて行われる捜索により生じる侵害の程度が高くないということを前提としている¹³⁹。

Chimel 判決と *Robinson* 判決を総合すれば、逮捕者の安全が害される恐れまたは証拠が破壊される恐れがある場合には、被逮捕者の身体及び被逮捕者の直接の支配領域について無令状で捜索し得るものの、逮捕による侵害と、それに続く捜索によるプライバシーの侵害の程度を比較して、後者の方が侵害の程度が高い場合には、無令状で捜索を行うことはできない。合衆国最高裁は、この二つの判断を通して、被逮捕者の身体から発見された物の性質によっては、逮捕に伴う捜索・押収が認められない場合があることを示唆している¹⁴⁰。

二. 自動車例外

以上のような逮捕に伴う捜索・押収の判断枠組みが自動車という文脈においても適用されるかを問題としたのが *New York v. Belton*¹⁴¹ である。*Belton* は以下のような事案であった。ニューヨーク州の警察官がスピード違反の自動車を停止させた。同車両には 4 名の乗

¹³⁹ *Supra* note 126, at 392.

¹⁴⁰ *Chimel* では、逮捕に伴う被逮捕者の住居の徹底的な捜索が問題となった。このような事案は、*Chimel* で示された逮捕に伴う捜索の正当化根拠を欠くものであると同時に、*Robinson* によっても認められない。すなわち、逮捕により生じる侵害に比べて、住居の徹底的な捜索により生じるプライバシーの侵害の程度は非常に大きく深刻であり、「わずかな追加的侵害」とはいえないからである。したがって、このような場合には、令状が要求されることになる。このことは、無令状捜索が認められるか否かが、捜索の対象がどのような場所または物であるかということに大きく左右されることを示している。

¹⁴¹ *New York v. Belton*, 453 U.S. 454 (1981).

員がおり、そのうちの一名が本件の被疑者である Roger Belton であった。警察官は運転免許証と自動車登録証の提示を求めたが、4 人ともこの車の所有者ではなく、また所有者と血縁関係もないことが判明した。一方、警察官は、その職務経験においてマリワナの匂いのする車両を見たことがあり、本件車両からも焼けたマリワナの匂いを感じた。また、車の床には「Supergold」と書かれた封筒があり、それがマリワナであることを察知した。そのため、警察官は乗員に降車するよう指示し、マリワナの不法所持で彼らを逮捕した。そして、各人に対しパットダウンを実施した上で、彼らが互いに物理的に接触することがないように距離をあけて立つよう指示した。そして、「Supergold」と書かれた封筒を手に取り、その中にマリワナが入っていることを確認した。州警察官は、被逮捕者にミランダ警告を与えた後、各人の身体検査を実施した。そして本件車両内（passenger compartment）を捜索したところ、座席に置かれていた Belton のジャケットのポケットからコカインを発見した。

Belton は規制薬物の不法所持で起訴され、ジャケットのポケットから押収されたコカインにつき証拠排除の申立を行なったが却下された。そのため、Belton は、本件コカインの押収において合衆国憲法第 4 修正及び第 14 修正に違反があった旨の主張を維持しつつ、より軽い一部の犯罪について有罪答弁をした。ニューヨーク州最高裁判所控訴院（The Appellate Division of the New York Supreme Court）は、「被告人がマリワナの所持で適法に逮捕が行われた以上、警察官が他の禁制品を探して、そのすぐ近く（the immediate area）を捜索したことは正当である」とし、捜索及び押収の合憲性を支持した。これに対し、ニューヨーク州 Court of Appeals は、「もはや被逮捕者又は共犯者が物品に接触し得る危険がないという場合、被逮捕者らの手が届かないジャケットのファスナーが閉じられたポケットに対して無令状で捜索を行うことは、適法な逮捕に伴う捜索として認められない可能性がある」と述べた上で、もはや証拠破壊の危険はなくなっていたとして、本件捜索を違法とした。合衆国最高裁の法廷意見は以下のように判示した。

合衆国憲法第 4 修正法理の第一原則は、警察官は、捜索を実施すべき相当な理由があることについて、中立な立場にあるマジストレイトを納得させない限り、捜索を行うことができないというものである。しかしながら、当裁判所は、「事情の緊急性」により令状要件の例外が絶対的に必要（imperative）となる場合があることを認めている。特に、当裁判所は *Chimel* において、適法な逮捕が、逮捕と同時に被逮捕者及びそのすぐ近くのエリア（the immediately surrounding area）を無令状で捜索することを正当化する状況を作り出すと判示している。このような捜索は、逮捕に抵抗するため、あるいは逃亡を図るために被逮捕者が使用しようとする可能性のあるあらゆる武器を取り上げる必要性和、証拠の隠匿や破壊を防止する必要性という根拠から、正当だと長い間考えられてきた。*Chimel* 判決は、*Terry v. Ohio* で述べられたように、「(捜索の) 範囲は、その開始を許した事情と厳格に結び付いていなければならない、また、そのような事情によって正当化されるものでなければならない

142」という原則を強調した¹⁴³。このように、*Chimel*では、「(被逮捕者が) 武器や、破壊可能な証拠物を手にする可能性のある領域内」については、捜索を実施する「十分な正当性」認めた一方で、「逮捕が行われた部屋以外の部屋を当然に捜索し、さらに、その部屋の机の引き出しや、閉じてられていたり隠されている領域を全て捜索することについては、同等の正当性はない」と判断している¹⁴⁴。

適法な逮捕に伴う捜索を規律する原則は十分に明言されているが、この原則を具体的な事案に適用することは困難である。「限られた時間の中で、直面する具体的状況に関わる社会的・個人的利益を検討するための専門知識しかない警察官には、それを導くための唯一かつ使いやすい基準が不可欠¹⁴⁵」なのである。そのようなわけで、*United States v. Robinson*において、裁判所は、適用が容易で、執行が予測可能な、分かりやすいルールに道を開いたのである。「逮捕が適法に行われている事案の場合、被逮捕者の身体の完全な捜索(full search)は、第4修正上の令状要件に対する例外であり、また、同条の下で『合理的な』捜索である¹⁴⁶」。このように判示することで、当合衆国最高裁は、適法な逮捕に伴う身体への捜索を行う権限を支える理由の存否は、個々の事案において争われなければならない旨の主張を退けた。

しかし、本件で問題とされている事柄、すなわち、乗員の適法な逮捕に伴う自動車内の捜索の適切な範囲を巡る事案からは、分かりやすいルールは生まれてきていない。*Chimel*は、逮捕に伴う捜索は、被逮捕者の直接の支配下にある領域を超えて行われてはならないことを確立したが、その領域にほぼ間違いなく車内が含まれ、被逮捕者がその直近の乗員である場合において、「被逮捕者の直接の支配下にある領域」については明確にされていない。裁判例を見ると、車内という比較的狭い範囲にある物品は、必然ではないにしても、実際には「被逮捕者が武器や証拠品を掴むために手を伸ばす可能性のある領域」に含まれるという一般化はできそうである¹⁴⁷。有効なルールを確立するために、捜索を行うことができる領域の限界に関する *Chimel* の定義を、この一般論を踏まえて解釈する。したがって、当合衆国最高裁は、警察官が自動車の乗員を適法に逮捕した場合、その逮捕と同時に、その車内を捜索できると判示する。

この結論から、警察官は車内で発見された容器の内容物をも調べることができる。車内が被逮捕者の手の届く範囲にあれば、その中の容器もまた被逮捕者の手の届く範囲にあるからである。なぜなら、捜索が正当化されるのは、被逮捕者がその容器に対してプライベート

¹⁴² *Terry v. Ohio*, 392 U. S. 1, 19 (1968). これは、*Warden v. Hayden* の Fortas 裁判官の補足意見を引用したものである。See *supra* note 32, at 310 (MR. JUSTICE FORTAS concurring).

¹⁴³ *Supra* note 121.

¹⁴⁴ *Id.* at 763.

¹⁴⁵ *Dunaway v. New York*, 442 U.S. 200, 213-214 (1979).

¹⁴⁶ *Id.* at 235.

¹⁴⁷ *Supra* note 121, at 763.

一の利益を持っていないからではなく、適法な逮捕が、被逮捕者が持ち得るあらゆるプライバシーの利益に対する侵害を正当化するからである。したがって、*Chimel* では、警察官が被逮捕者を自宅で逮捕したからといって、その住居内にある全ての引き出しを捜索することはできないとしたが、裁判所は、被逮捕者の手の届くところにある引き出しは、その内容物が警察官に危険を及ぼす可能性があるため、捜索することができると指摘したのである。

確かに、このような容器に、武器も、逮捕被疑事実に関する証拠も入れることができないような場合のあることは当然である。しかしながら、*United States v. Robinson* において、合衆国最高裁は、*Robinson* の逮捕に伴う捜索の際に見つかったそのような容器、すなわち「くしゃくしゃにされたタバコの包み¹⁴⁸」は捜索できないという主張を退けている。

「適法な逮捕に伴う身体への捜索を行う権限は、武器を取り上げる必要性と証拠発見の必要性に基づいているが、特定の逮捕状況において武器や証拠が実際に被疑者の身体から発見される可能性を、裁判所が後にどのように判断するかということには左右されない。相当理由に基づく被疑者の逮捕は、合衆国憲法第4修正上合理的な侵入であり、その侵入が適法に行われているのであれば、逮捕に伴う捜索にはそれ以上の正当化根拠は必要ない¹⁴⁹」。

本件被疑者がマリワナ所持の被疑事実につき、適法な被逮捕者であったことは疑問の余地がない。被疑者のジャケットの捜索は、その逮捕後すぐに行われた。このジャケットは、被疑者が逮捕される直前に乗っていた車の助手席にあった。したがって、このジャケットは、*Chimel* にいう「被逮捕者の直接の支配下」たる範囲内にあったといえる。したがって、本件ジャケットの捜索は適法な逮捕に伴う捜索であり、合衆国憲法第4及び第14修正に違反するものではない。

以上のように述べて、合衆国最高裁は *Belton* において、乗員の適法な逮捕と同時になされる車内の座席部分の捜索と、そこにある容器の捜索ができると認めた。そこでは、自動車の座席部分という比較的狭い範囲内にある物は、被逮捕者の直接の支配下という要件を一般的に充足すると判断して *Chimel* に依拠した¹⁵⁰。すなわち、*Chimel* が示した逮捕に伴う無令状捜索の正当化根拠が、自動車という文脈においても妥当することを示したものである。これにより、*Chimel* の正当化根拠の存否を個々の事案ごとに検討することなく、自動車の乗員の逮捕が適法であれば、自動的に、車内の座席部分及びそこにある容器の中身も無令状で捜索することが許されると解されるに至った。

しかし、*Belton* をこのように広く解釈することを否定したのが *Arizona v. Gant*¹⁵¹ であっ

¹⁴⁸ *Supra note* 128, at 223

¹⁴⁹ *Id.* at 235.

¹⁵⁰ 椎橋隆幸編『米国刑事判例の動向VII』323頁（中央大学出版部、2020年）〔麻妻みちる〕。

¹⁵¹ *Arizona v. Gant*, 556 U.S. 332 (2009). 本件邦語文献として、椎橋隆幸編『米国刑事判

た。Gant は以下のような事案である。

1999 年 8 月 25 日、麻薬販売に使用されている住宅に関する匿名の情報により、警察官らが当該住居の玄関ドアをノックし、家主と話したい旨伝えた。Gant が応対し、名乗った後、家主は多出不在で、その内戻ってくると思う旨述べた。警察官らが住居を出て記録を調べたところ、Gant には運転免許の停止処分を受けていたにもかかわらず無免許運転を行ったという被疑事実で逮捕状が発せられていることが判明した。

その夜、警察官らが再び当該住居に赴いたところ、男が家の裏手の近くにおり、その前に停まっている車に女が乗車しているのを発見した。3 人目の警察官が到着した後、男を偽名提供 (providing a false name)、女を薬物道具所持等 (possessing drug paraphernalia) の被疑事実で逮捕した。Gant が現場に到着したとき、2 名の被逮捕者らは、どちらも手錠をかけられ、別々のパトカーに身柄を確保されている状態であった。この際、Gant が自動車を運転して戻ってきたことを警察官が現認した。Gant は車道の端に駐車し、車から降り、ドアを閉めた。警察官は、Gant の車から 3、4 メートルほど離れた場所において、直ちに同人を逮捕し、手錠をかけた。

応援の警察官が 2 名到着したため、警察官らは Gant を他の被逮捕者とは別のパトカーに乗せて、その身柄を確保した。Gant が手錠をかけられ、パトカーの後部座席に乗せられた後、警察官が同人の車を捜索したところ、銃を発見し、さらに、後部座席の上着のポケットからコカインの入った袋を発見した。

Gant は、薬物の営利目的所持及び薬物道具所持¹⁵²の 2 つの犯罪で起訴された。彼は、無令状での捜査が合衆国憲法第 4 修正に違反するとして、同人の車両から押収された証拠の排除を求めた。特に、パトカーの中で手錠をかけられた後は、警察官に対して危険を及ぼすおそれはなかったこと、また逮捕被疑事実は交通違反であって、同人の車両から証拠が発見される蓋然性がなかったことを理由に、Belton を先例として車両の捜査をすることは許されない旨主張した。合衆国最高裁において、Stevens 裁判官の執筆にかかる法廷意見は以下のように述べた。

裁判官の事前の承認なしに行われる捜査は、特別に確立され (specifically established) 明確に線引きされた (well-delineated exceptions) 若干の例外を除いては、合衆国憲法第 4 修正上それ自体で不合理である¹⁵³。令状要件の例外には、適法な逮捕に伴う捜査が含まれ、この例外は、逮捕を行う警察官の安全と証拠保全という利益に由来する。

Chimel では、逮捕に伴う捜査は、「被逮捕者の身体及びその直接の支配下にある領域」、すなわち、被逮捕者が武器を手にし、又は証拠を破壊する可能性のある領域に限定される。

例の動向Ⅶ』321 頁〔麻妻みちる〕(中央大学出版部、2020 年)、洲見光男「最近の判例 Arizona v. Gant, 556 U.S. __, 129 S. Ct. 1710 (2009)——逮捕に伴う無令状の自動車捜査が許される場合」アメリカ法 2010 年 1 号 247 頁 (2010 年)。

¹⁵² ここにいう薬物道具とは、コカインの入っていたビニール袋を指す。

¹⁵³ *Supra note 72*, at 357.

この限定は、現在も例外の境界を定義しており、逮捕に伴う搜索の範囲が、逮捕官憲の安全を確保し、被逮捕者が毀棄隠匿し得る、逮捕被疑事実に関連する証拠を保全するという目的に見合ったものであることを担保するものである。搜索場所に被逮捕者の手が届く可能性がない場合、逮捕に伴う搜索の正当化根拠が欠けるため、この例外は適用されない。

合衆国最高裁はまずこのように述べて、個々の事案における具体的な事実に即して *Chimel* の根拠の有無を判断することを明言した。その上で、自動車に対する無令状搜索が問題となった前述の *Belton* を巡る理解について以下のように判示した。

本件でアリゾナ州最高裁判所は、*Belton* 判決を、逮捕に伴う「車内の搜索の適切な範囲」を線引きしたものに過ぎないと解釈した。すなわち、*Belton* は、被逮捕者が車内に手の届く範囲にいる場合には、車内全体とそこにあるあらゆる容器に手を伸ばすことができるという一般論を示した。このような *Belton* の見解に基づくと、*Gant* においては搜索時に車両に近付かなかったことが明らかであるため、*Gant* の車の無令状搜索は不合理であると州最高裁は結論づけたのである。しかし、*Belton* については、被逮捕者が搜索時に車両に近づく可能性が全くない場合でも、直近の乗員の逮捕に伴う車内の搜索を認めるものとして広く理解されている。*Belton* についてこのような広い理解に立つと、被逮捕者が車内に手の届く範囲にいないにもかかわらず、降車後間もない者も含めた全ての逮捕に付随して車内の搜索が許されることになる。このことは、*Belton* が「適法な逮捕に伴う搜索の基本的な範囲に関して *Chimel* で確立された基本原理を何ら変更するものでない¹⁵⁴」と述べていることと明らかに矛盾する。従って、当合衆国最高裁は *Belton* を広く理解することを否定し、搜索時に被逮捕者の身柄が確保されておらず、車内に手が届く距離にいる場合にのみ、降車後間もない者の逮捕に伴う車両の無令状搜索を認める。

合衆国最高裁は以上のように述べて、*Belton* について広く解釈することを明確に否定した。*Belton* が上記のように広く解釈されたのは、*Belton* における Brennan 裁判官執筆の反対意見の影響が大きいと考えられる。すなわち、Brennan 裁判官が、法廷意見の判示について、「自動車内は、常に、降車後間もない被逮捕者の直接の支配下にあるものだという擬制 (fiction)」が行われているとの考えを示したからである¹⁵⁵。

被逮捕者の身柄が適切に確保された状態でなく、車内（車内に存在するあらゆる容器を含む）にその四肢が届く範囲にいるような場合には、その範囲において、*Chimel* 判決が示した証拠破壊の恐れが認められるため、無令状で搜索を行うことが正当化される。

合衆国最高裁はさらに、以下のように判示する。「*Chimel* から導かれるものではないが、『逮捕被疑事実に関連する証拠が車内で発見されると思料することが合理的であるといえる¹⁵⁶』場合、自動車という文脈に特有の事情から、適法な逮捕に伴う車内の無令状搜索が正当化される。もっとも、逮捕被疑事実が交通違反である場合には、車内に関連性を有する証

¹⁵⁴ *Supra note* 141, at 460.

¹⁵⁵ *Id.* at 466.

¹⁵⁶ *Supra note* 132, at 632 (SCALIA concurring).

拠が存在すると思料すべき合理的な根拠がないことがほとんどであろう。しかし、*Belton* や *Thornton* のように、逮捕に係る被疑事実を端緒に、被逮捕者の車内及びそこにある容器を捜索する正当化根拠が認められる場合もある。本件においては、被逮捕者が車両に近付く蓋然性もなければ、車内において逮捕被疑事実に関する証拠を発見する蓋然性もなかったため、本件捜索は不合理である¹⁵⁷。」

ここでは、*Chimel* の正当化根拠とは別個に、自動車特有の事情に基づく例外が示唆されている。ここで重視されている「特有の事情」は、*Gant* 判決がその判断の中で検討を加えた事案である *Thornton v. United States*¹⁵⁸において、*Scalia* 裁判官執筆に係る補足意見が述べたように、自動車の場合には、「プライバシーの期待が縮減していること」と「法執行の必要性が高まっていること」から導かれることに留意しなければならない¹⁵⁹。すなわち、自動車には、「可動性があり、広範な種々の規制を受けているので、一般に住居よりもプライバシーの期待が限定しており、とりわけ証拠物が存在する相当理由が備わっている場合には無令状捜索を行う緊急性を伴う状況が存在」するため、「高度の法執行上の必要」を根拠に認められる¹⁶⁰。そのため、「自動車という可動性の高い乗り物の捜索に限った特別なルール¹⁶¹」であり、逮捕に伴う捜索・押収法理とは異なる、令状要件の例外法理の一つとして、自動車例外を確立したものと見える。

まとめると、*Chimel* 判決により、逮捕に伴う捜索の正当化根拠は、逮捕者の安全を確保する必要性と、被逮捕者による証拠破壊を防止する必要性に求められることが示された。この理論的根拠に依拠すれば、無令状で捜索が認められる範囲は、被逮捕者の身体及び被逮捕者の直接の支配領域に限定される。*Robinson* 判決では、被疑者を逮捕するという状況においては、*Chimel* 判決で示された必要性が典型的に認められるとし、被疑者の身体の手摘みにより発見された物の内容についても捜索できることが示された。*Gant* 判決では、*Chimel* 判決に基づく逮捕に伴う捜索法理から無令状捜索が認められる場合の他に、*Chimel* 判決とは異なる論拠に立ち、逮捕に伴う捜索法理とは異なる正当化根拠として、逮捕に伴う自動車という文脈に特有の事情を重視し、「自動車例外」として、第4修正上の捜索・押収法理に対する新たな例外法理が確立されたのである。

三. 第三者法理

合衆国最高裁は長きに渡り、危険負担 (*assumption of risk*) という観点から、憲法上保護された利益を有するという主張を退ける理論をとってきた。そこに端を発する理論が第三者法理である。すなわち、第三者に対して任意に、物、情報又は空間を提供する者は、その

¹⁵⁷ *See supra note 151*, at 343-344.

¹⁵⁸ *Supra note 132*.

¹⁵⁹ *See Id.* at 631.

¹⁶⁰ 麻妻・前掲注 150) 335 頁。

¹⁶¹ 同上。

行為によって相手方である第三者が、警察官に情報を開示し又は物を提出しあるいは捜索又は差押えを許すかもしれない危険を想定し負担しているため、第 4 修正上の保護が失われるとする¹⁶²。第三者法理は Miller 判決において明確にされ、Smith 判決において確立されたと理解されている。

1. United States v. Miller¹⁶³

1972 年 12 月 18 日、情報提供者の内報を受けて、ジョージア州ハウストン郡からの保安官代理 (deputy sheriff) が被告人の共謀者とされている者 2 人の乗るトラックを停止させた。そのトラックには蒸留装置や原料が積載されていた。1973 年 1 月 9 日、被告人の借用する倉庫から出火した際、消防士と保安係官 (sheriff department officials) が違法な蒸留設備、ウィスキー及び関連器具を発見した。

2 週間後、アメリカ合衆国財務省アルコール・タバコ・火器局 (Treasury Department's Alcohol, Tobacco and Firearms Bureau) の係官は、被告人が口座を有する銀行 2 社の頭取に対してサピーナを呈示した。当該サピーナは、両銀行の頭取に対し、「預金額、小切手、貸付金等、被告人名義の口座に関する全ての記録」の提出を求めるものであった。

銀行側は従業員に、入手可能な記録の作成と、係官が望んだ文書の写しの提供を命じた。A 銀行において係官は、関連する口座のマイクロフィルム記録を閲覧し、預金伝票 1 枚及び小切手 1、2 枚の写しの提供を受けた。B 銀行においては、さらにマイクロフィルムの記録を閲覧し、被告人の口座記録の写しを入手した。これらの中には、一切の小切手、預金伝票、2 枚の資産報告書、3 枚の月次報告書が含まれていた。

被告人は、銀行が保持する記録は、銀行が限られた目的のために利用できる個人に関する記録の写しに過ぎず、そこにはプライバシーの合理的期待があるということを理由に、これらの記録について第 4 修正上保護される利益を有するとの主張を行なった。そこで、当該記録の法的性質が問題となった。

Miller において合衆国最高裁は次のように述べた。「銀行預金者は、個人に関する事項を他人に教える際、相手方によってその情報が政府にリークされ得る危険を負う¹⁶⁴。第 4 修正は、第三者に提供され、提供された者によって政府にリークされた情報の入手を禁じてはいないと当裁判所は繰り返し判示してきた。たとえ、限られた目的のためにのみ使用され、相手方たる第三者が裏切らないという信頼を前提として情報が提供された場合であっても、この理は変わらない¹⁶⁵。」

このような理解に基づいて、第 4 修正上の権利の侵害はないため令状は不要だと判断さ

¹⁶² THOMAS K. CLANCY, THE FOURTH AMENDMENT: IT'S HISTORY AND INTERPRETATION 121 (2013).

¹⁶³ United States v. Miller, 425 U.S. 435 (1976).

¹⁶⁴ *Id.* at 443 (Citing United States v. White, 401 U.S. 745, 751-752 (1971)).

¹⁶⁵ *Id.* (Citing *White, Id.; Hoffa, supra note 61; Lopez, supra note 60*).

れた。

2. Smith v. Maryland¹⁶⁶

強盗事件の被害者が警察官に、犯人の特徴及び犯行現場付近で目撃した車両について供述した。その事件以降、被害者の自宅に、強盗犯を自称する者から脅迫的な電話がかかってくるようになった。別日に被害者宅付近において被害者の供述に一致する男が、犯行現場で目撃された車両を運転しているのを警察官が発見し、当該車両のナンバーを調べたところ、被告人名義で登録されたものであることが判明した。

電話会社は警察官の要求に基づき、被告人の自宅から架電された電話番号を記録するために事務所にペン・レジスタと呼ばれる機器を設置した。この際、警察官は、令状もコートオーダーも得ていない。ペン・レジスタの設置により、被告人宅から被害者宅に架電された事実が判明した。当該事実及びその他の証拠に基づき、被告人宅を捜索すべき場所とする捜索令状が発付され、令状執行の結果、種々の証拠が押収された。

強盗の被疑事実で起訴された被告人は公判に先立ち、ペン・レジスタを設置する前に令状が発付されていないことを理由に、ペン・レジスタによって得られた証拠全てについて排除申立を行なった。公判裁判所は被告人の証拠排除申立を退け、無令状でのペン・レジスタの設置は合衆国憲法第 4 修正に違反しないと判示し、被告人に有罪判決を下した。連邦控訴裁判所も原判決を支持した。

これに対し Blackmun 裁判官執筆の法廷意見は以下のように判示した。

「一定の形態をとる、政府主導の電子的監視が第 4 修正上の『搜索』に当たるかどうかを検討するにあたり、Katz v. United States が指標となる。政府の行為によって何らかのプライバシーが侵害され得るが、第 4 修正の適否は、その侵害されたプライバシーについての期待が『もっとも (justifiable)』、『合理的 (reasonable)』あるいは『正当 (legitimate)』であるかどうかによって決まる。この問いには、Katz の補足意見で Harlan 裁判官が適切に述べたように、本来、2 つの別個の観点が含まれている。第一に、対象者が行動により、プライバシーの (主観的) 期待を現実に表示していたかどうか。すなわち、Katz の多数意見の言葉を借りていえば、その者が、内密に保とうと努めていることが示されていたかどうかである。第二は、そのプライバシーの主観的な期待は、社会が合理的だと認める期待かどうか。すなわち Katz の多数意見の言葉を借りていえば、客観的に見て、その者の主観的な期待が個別の事案の状況下で正当化されるかどうかである。本件で問題となっている捜査機関の行為は、ペン・レジスタの設置及び使用である。被告人は、政府が被告人の有するプライバシーの正当な期待を侵害したという主張をしている。しかし、Katz で用いられた聴取機器は会話の内容を取得するものであったのに対し、ペン・レジスタは、架電された電話番号がわかるだけで、会話の内容はおろか実際に電話が繋がったかどうかさえ知るこ

¹⁶⁶ Smith v. Maryland, 442 U.S. 735 (1979).

とができない。ペン・レジスタにはこのような限定的な機能しかないことを踏まえると、ペン・レジスタの設置及び使用が『搜索』に当たるとする被告人の主張は、彼が自分の電話から架電した番号について、プライバシーの正当な期待を有していたかどうかにかかっているが、何人も、架電した番号について、何らかのプライバシーの現実的な期待を有しているとは思われない。また、たとえ被告人が、架電した電話番号が内密に保たれるだろうという主観的期待を有していたとしても、この期待は『社会が合理的だと認める期待』ではない。当裁判所は、第三者に対し任意に情報を提供した場合、その者は提供した情報について、プライバシーの正当な期待を有しないと一貫して判断してきた¹⁶⁷。内密な情報を任意に第三者に教える者は、その相手方が教えられた情報を政府に伝えるかもしれない危険を負う。第4修正は、第三者に晒され、その第三者により政府官憲に伝えられた情報を入手することは禁じていない。たとえ、限定された目的にしか使用されないという考えに基づいて、また、情報を渡す相手方たる第三者が裏切らないだろうという信頼に基づいて、情報が提供されたのだとしても。この理論から、本件被告人はプライバシーの正当な期待を主張することができない¹⁶⁸。」

このような理解に基づいて、ペン・レジスタの設置及び使用は合衆国憲法第4修正上の搜索・押収に当たらず、ゆえに令状は不要であると判示された。

Miller と *Smith* が指摘するように、第三者法理の根幹は、内密な情報を任意に第三者に教えることで、その情報が暴露される危険を冒しているということにある。これは、その者が自分の話す内容についてプライバシーの利益を自ら縮減させるものであることを示しており、ゆえに第4修正による保護が失われるのである。

第4修正の保護を失うという構成は、逮捕に伴う搜索や自動車例外とは、例外として異なる位置づけにあることを意味する。すなわち、第4修正は段階的な構造になっており、逮捕に伴う搜索や自動車例外は、第一段階の問い——搜索・押収に当たる行為であること——を前提に、第二段階の、搜索・押収が憲法上合理的か否かの判断に関するルールであった。これに対し、第三者法理は、問題となっている情報を官憲が取得する行為について搜索に当たらないとする、第一段階の問いに関するルールである。

このように、第4修正法理は段階的な問いを通じて、捜査活動のスクリーニングを行ってきた。第一段階の問いで弾かれる行為は、搜索・押収ではないため第4修正の射程外となり、第二段階の問いで弾かれる行為は、搜索・押収ではあるが第4修正上不合理なものと構成される。第4修正の適否、すなわち、搜索・押収に当たるか否かの基準はプライバシーの期待を問題とするため、第一段階の問いにおいては必然的に、処分対象者のプライバシーの利益を縮減させる事情の存否に目が向けられることとなる。第三者法理はあくまでも、

¹⁶⁷ E. g., *Miller*, *supra* note 144, at 442 -444; *Couch v. United States*, 409 U.S. 322, 335 -336 (1973); *White*, *supra* note 164, at 752; *Hoffa*, *supra* note 61, at 302; *Lopez*, *supra* note 60.

¹⁶⁸ *Supra* note 166, at 741-742.

危険負担の発想が当てはまる一場面を類型化して一般化したものに過ぎないといえる。

第二段階の問いは、搜索・押収に当たることが前提となる。言い換えれば、合衆国憲法第4修正による保護を及ぼすことが必要な程度に、プライバシーの利益が重大であると認められた状態にある。その上で、当該搜索・押収に当たる行為が憲法上合理的かどうかという問いにおいては、必然的に捜査機関側の事情、すなわち、当該搜索・押収行為をとることの必要性、利益の程度に目が向けられることになる。したがって、プライバシーの利益を縮減させる事情があり、かつ、捜査機関側の搜索・押収の必要性が増している状況において、プライバシーの利益の程度がいまだ重大でない場合という定式の下でのみ、新たな令状要件の例外法理を認めることができると考えられる。

第三章 テクノロジーの発達による法理の変化

法を支える事実に変化が生じると、旧い法的ルールも、共に変化し得る。ある社会に沿うように生み出された法は、それが異なる時代における事実に応用される場合、大きく異なる影響を持ち得る。その結果、テクノロジーと社会の現実が変化すると、しばしば、法が現実に応用する必要があるが生まれる。旧いルールの作用を維持しようとする、旧いルールを、このような新たな環境に適合するように変容することが要求され得る¹⁶⁹。

現代において特に問題となるのは、2000年代になって急速に発達し、社会を大きく変化させた情報通信技術の存在である。本章では、種々の情報通信技術を用いた捜査手法について、判例や裁判例を検討することにより、第4修正の観点から捜索・押収法理の再検討を行う。

一. トレスパス・テストの復活

1. *United States v. Jones*¹⁷⁰

コロンビア特別区でナイトクラブを所有・経営していた被告人 Antoine Jones は、麻薬密売の嫌疑により、FBI とコロンビア特別区警視庁の合同捜査の対象とされた。これら捜査機関は、被告人の妻名義で登録されている車両に対し 10 日間 GPS 追跡装置を取り付ける旨の令状を入手し、同車両の追跡を行なった。

令状により許可された期間を過ぎた後、捜査機関は、令状の効力が及ぶ法域外において、公共駐車場に駐車されている同車両の車体外側底部に GPS 装置を取り付けた。その後 28 日間に渡り同車両の移動を監視し、2000 ページ以上の位置情報データを取得した。

被告人は、麻薬の頒布目的所持及び共謀罪の訴因で起訴された。被告人は公判に先立ち、GPS により取得された証拠について排除を申し立てたが、連邦地裁は、被告人の申立てを一部認め、被告人宅に隣接するガレージに駐車されている間に取得されたデータについて証拠排除を認めたが、「公道上の自動車で移動する者は、ある場所から他の場所へ移動することについて、プライバシーの合理的期待を有しない」と判示して、それ以外のデータについては証拠として採用した。

コロンビア特別区連邦控訴審は、無令状での GPS 装置の使用により取得されたデータを証拠として許容することは、合衆国憲法第 4 修正に違反すると判断し、原審の有罪判決を

¹⁶⁹ Orin S. Kerr, *Foreword: Accounting for Technological Change*, 36 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 403, 403 (2013).

¹⁷⁰ *United States v. Jones*, 565 U.S. 400 (2012). 本件に関する邦語文献として、緑大輔「*United States v. Jones*, 132 S. Ct. 945 (2012) —GPS 監視装置による自動車の追跡の合憲性」アメリカ法 2013 年 356 頁、眞島知子「アメリカ合衆国における GPS を使用した犯罪捜査」中央大学大学院研究年報 41 号 217 頁 (2011 年)、椎橋隆幸編『米国刑事判例の動向 VII』(中央大学出版部、2020 年) 247 頁〔眞島知子〕など。

破棄した。合衆国最高裁がサーショレイライを認めた。

Scalia 裁判官執筆の法廷意見は以下のように判示した。

合衆国憲法第 4 修正は第一文で「何人も身体、住居、文書、及び所持品に対して不合理な捜索及び押収を受けることのない権利は、これを侵してはならない。」と規定する。車両が、合衆国憲法第 4 修正で用いられている文言としての「所持品」であることは議論の余地がない。当合衆国最高裁は、被疑者の車両に GPS 装置を取り付けること、及び、それを使用して同車両の移動を監視することは「捜索」に当たると判断する。

政府は、情報入手する目的で、私有財産を物理的に占有した。そのような物理的侵入が、合衆国憲法第 4 修正が採用されたときに意図されていた「捜索」と見なされることは間違いない。

合衆国憲法第 4 修正の規定には、所有物との密接な関係が反映されている。

政府は、捜査官が被告人の車両に手を触れた場所も、公道上の同車両の居場所も、誰の目にも触れる場所であるため、被告人には「プライバシーの合理的期待」がなく、捜索にあたらないと主張している。しかし、政府の主張を検討する必要はない。

Alito 裁判官の補足意見は、物理的接触が伴わない場合に、「特に困難な問題を生じさせる」として、我々の考え方を非難するが、我々はこの点が全く理解できない。Katz のプライバシー・テストを唯一のテストと考えている補足意見と異なり、我々はトレスパスを唯一のテストとはしていない。トレスパスなく、電子信号を発信するだけという場合は、なお Katz の分析に依拠する。

上記法廷意見について、Sotomayor 裁判官と Alito 裁判官がそれぞれ補足意見を執筆した。Sotomayor 裁判官の補足意見は以下の通りである。

行われた監視が短期間の場合であっても、GPS による監視に固有の特質には、Katz の観点から重要性があり、特別の注意を払う必要がある。GPS による監視は、家族、政治、仕事、宗教、そして性的交友関係といった多岐にわたる詳細を示す、人の行動に関する精確かつ網羅的な記録を作成することを可能にする。政府に見られているかもしれないという意識は、結社の自由や表現の自由に対し委縮効果を生じさせる。

人の公道上の移動全体に、社会が合理的だと認めるプライバシーの期待が存在するかを検討するにあたり、GPS 監視というものの特性を考慮すべきだと考える。政府が自由に政治的・宗教的信条、性的嗜好といったものを確かめることができる方法で、移動が記録され、データとして集められているだろうということを、人々が合理的に想定するかどうかということを問う。GPS 監視によって得られたものは、適法とされる従来の監視手法によっても入手し得たという事実は、決定的なものでない。

第三者に任意に開示した情報についてはプライバシーの合理的な期待を有しないという前提を見直すことが必要であろう。この考え方は、個人が日常生活において、自分自身に

関する大量の情報を第三者に開示しているデジタル時代においては適当でない。

しかしながら、本件でこうした厄介な問題を解決する必要はない。法廷意見に加わる。

また、Alito 裁判官の補足意見は以下の通りである。

本件では、21 世紀の監視技術である GPS 追跡装置を用いて車両の移動を監視したことが、合衆国憲法第 4 修正の禁止する不合理な捜索及び押収にあたるかどうかの判断が求められている。しかし皮肉なことに、法廷意見は 18 世紀の不法行為法に基づいて本件を判断することを選択した。

本件は、被告人の運転する車両の移動を長期間監視したことが、被告人の有したプライバシーの合理的な期待を侵害したかどうかという観点から分析されるべきである。

第 1 に、法廷意見は、長期間の追跡を目的とする GPS 装置の使用という真に重要な点を無視し、車底部に、運転に何ら影響を与えない小型で軽量の物体を取り付けたという比較的重要性に欠ける点を重視するものである。

第 2 に、法廷意見の考え方によれば、官憲が GPS 装置を車両に取り付け、短時間でも車両を追跡するために使用した場合には合衆国憲法第 4 修正違反となるのに対し、覆面パトカーと航空機を用いて同車両を長時間追跡した場合には、第 4 修正上の規律は及ばないという整合性を欠く結果となる。

第 3 に、法廷意見の考え方の下では、夫婦の共有財産制度を採用していない州においては、車両はあくまで被告人の妻の所有物であり、被告人の所有物ではないため、第 4 修正の保護が及ばず、州によって異なる結論が生じてしまう。

第 4 に、トレスパスに依拠する法廷意見に従うと、電子的方法による監視が行われた場合に、特に厄介な問題が生じることになる。

本件において我々が採り得る最善の方法は、既存の第 4 修正法理を適用し、GPS 追跡装置の使用が、合理的に予期し得なかったであろうといえる程の侵害があったかどうかを検討することである。このアプローチの下では、公道上の個人の移動を比較的短時間監視することは、社会が合理的だと認めるようなプライバシーの期待と調和する。本件では、4 週間にもわたり、被告人の運転する車両の移動を追跡したものであるため、合衆国憲法第 4 修正上の捜索にあたる。結論において法廷意見に加わる。

2. プライヴァシー・テストとの関係

Jones の法廷意見は、捜索・押収法理の変遷を的確に説明している。すなわち、合衆国憲法第 4 修正は所有物との密接な関係を反映しており、この理解に従って、少なくとも 20 世紀半ばまで、捜索・押収法理はトレスパスに結び付けられてきた。そして、*Katz* 判決を境に、もっぱら所有権に依拠する考え方から離れるようになり、その後の事案によって、捜査官が個人の「プライバシーの合理的期待」を侵害した場合には合衆国憲法第 4 修正違反となるという捜索・押収法理へと変遷した。

Katz 判決以降、裁判所が、トレスパスの存否に焦点を当てることはなくなった。したがって、Katz によって、合衆国憲法第 4 修正により保護されるものは何か、すなわち、第 4 修正は「財産権」を保護するのか、それとも「プライバシー」を保護するのかという議論は、収束に向かったかに思われていた。しかし、Jones 判決において合衆国最高裁の法廷意見が明らかに Katz 判決のプライバシー・アプローチとは異なる判断枠組みを採ったことから、第 4 修正の本質を巡る議論が再燃することになったのである¹⁷¹。

Jones 判決は、トレスパス・テストの復活だと言われる。Jones の法廷意見において Scalia 裁判官が、プライバシー・テストは、「トレスパス・テストに取って代わるものでなく、付加的なもの¹⁷²」だと述べているように、合衆国最高裁は、トレスパス法理を捨て去っていない。

Katz 判決によって、所有権が第 4 修正違反か否かを判断する際の唯一の基準ではないことが明確にされたが、それによって「以前の搜索・押収法理の下では認められていた所有物が、保護されなくなったわけではない¹⁷³」。「政府が情報を入手するために、憲法上保護された領域へ物理的に侵入する場合、その侵入行為は第 4 修正違反になり得る¹⁷⁴」という法理を否定するものではないとの理解が示されていた。

Jones 以降、このような Jones で示されたトレスパス・テストに従って判断された合衆国最高裁における事案には、宅地 (curtilage) に対する薬物探知犬の使用が合衆国憲法第四修正上「不合理な搜索」に当たると判断された Florida v. Jardines、州の監視プログラムの下で、対象者の同意なく、その身体に衛星利用監視装置 (satellite-based monitoring device) を装着する行為が合衆国憲法第四修正上の「搜索」に当たり、州の SBM (Satellite-based Monitoring) プログラムの違憲性を示唆した Grady v. North Carolina がある。Grady v. North Carolina が本判決を引用していることも、上記理解を確認したものと見える。

(1) Florida v. Jardines¹⁷⁵

¹⁷¹ 大久保・前掲注 52) 28-29 頁。

¹⁷² *Supra note* 170, at 411.

¹⁷³ *Soldal v. Cook County*, 506 U. S. 56, 64 (1992).

¹⁷⁴ *United States v. Knotts*, 460 U. S. 276, 286 (BRENNAN concurring) (1983). 邦語文献として、渥美東洋編『米国刑事判例の動向IV』(中央大学出版部、2012年) 313頁〔香川喜八朗〕。

¹⁷⁵ *Florida v. Jardines*, 133 S. Ct. 1409 (2013). 邦語文献として、藤井樹也「Florida v. Jardines, 133 S. Ct. 1409 (2013) —警察官が住宅敷地内の玄関前ポーチに住人の同意なしに立ち入り、薬物探知犬を使用して家屋内の薬物臭を調べた措置が、第 4 修正にいう搜索に該当すると判断された事例」アメリカ法 2014 年 419 頁、滝谷英幸「英米刑事法研究 (28) アメリカ合衆国最高裁判所刑事判例研究 住居の敷地内における薬物探知犬を用いた捜査活動の『搜索』該当性——Florida v. Jardines, 133 S. Ct. 1409 (2013)」比較法学 48 卷 2

被申請人 Joelis Jardines の住居でマリワナが栽培されているという未確認の情報を得て、警察官と麻薬取締局の合同捜査チームが Jardine の住居に派遣された。捜査官は 15 分間その住居を監視したが、人の出入りがなく、ブラインドが引かれていたため住居内の様子も分からなかった。そこで、麻薬探知犬を連れて住居に近づいた。この犬は、マリワナ、コカイン、ヘロイン、その他いくつかの薬物の匂いを探知する訓練を受けていた。

麻薬探知犬は、Jardines 宅の玄関ポーチに近づくと、探知すべき臭気を検知し、その臭気の最も強い場所を探索し始めた。玄関ドアの下部を嗅いだ後、探知犬は座った。これは、臭いの最も強い場所を発見したときにとるよう訓練された行動であった。

この事実を基に、Jardines の住居を捜索場所とする捜索令状を請求し、発付され、同日中に執行された。捜索の結果、栽培中のマリワナが発見され、逃げようとした Jardines は逮捕されて、大麻取引 (trafficking in cannabis) の罪で起訴された。

公判において、Jardines は、探知犬による捜査が不合理な捜索であると主張して、マリワナの証拠排除を申し立てた。フロリダ州最高裁判所は、合衆国憲法第 4 修正のうち、訓練された麻薬探知犬を用いて Jardines の住居を調べたことは、相当理由に基づかない捜索であると判断した。

合衆国最高裁は、以下のように判示した。Scalia 裁判官が法廷意見を執筆した。

政府が、身体、住居、文書及び所持品に「物理的に侵入して情報を取得する」場合、「第 4 修正上の『捜索』が行われたとすることには疑いがない¹⁷⁶。」捜査官は、Jardines の住居を取り巻く宅地 (curtilage) で情報を収集していた。捜査官は、住居の所有者の明示又は黙示の同意なく、そのような領域に物理的に立ち入り、情報を取得したものである。

捜査官の行為が憲法上保護された領域で行われたことは明らかであるため、これについて Jardines の承諾があったか否かが問題となる。あらゆる人の財産は非常に神聖なものであり、何人も承諾なく隣人の敷地に足を踏み入れることはできない。本件では、捜査官らと麻薬探知犬は Jardines の所有地に足を踏み入れている。Jardines は、それについて明示又は黙示の承諾を与えていない。

政府が訓練された警察犬を利用して住居及び住居を取り囲む部分 (immediate surroundings) を調査することは、合衆国憲法第 4 修正上の「捜索」で当たる。従って、フロリダ州最高裁判所の判断を支持する。

Jardines の法廷意見は、「合衆国憲法第 4 修正は、身体、住居、文書及び所持品を明文で保護の対象としている」ことを確認した上で、私有地における一切の捜査活動を第 4 修正

号 97 頁 (2014 年)、椎橋隆幸編『米国刑事判例の動向VII』(中央大学出版部、2020 年) 264 頁〔小木曾綾〕。

¹⁷⁶ *Supra note 170*, at 406 [foot note 3] .

が規律するわけではないと述べる¹⁷⁷。いわゆる「オープン・フィールド」とされる場所においては、それが私有地であったとしても、情報を収集することができるのは、第4修正の文言にそのような場所が明示的に列挙されていないからだと説明される¹⁷⁸。

本件で問題となっている宅地 (cultilage) とは、「住居を取り囲む、住居と接する (immediately surrounding and associated with the home)」領域を指し、住居の一部とみなされ、合衆国憲法第4修正における住居と同等の保護を享受する¹⁷⁹。これは、捜査官が住居の玄関ポーチや庭に立ち入り、絶対無制約に証拠をあさることを許してしまうと、*Silverman* で明言された「自分の家に引きこもり、政府による不合理な侵入を受けない¹⁸⁰」という第4修正の核心たる権利が、画餅に帰することになるからである。また、捜査官が個人の敷地に立ち入り、窓のすぐ外から人の動静を観察することができるのと、引きこもる権利は著しく蔑ろにされてしまう。住居の中に引きこもる権利を保障する実効性を担保するためには、住居だけでなく、住居の隣接部分についても、住居と同等の保護を及ぼす必要があるといえよう。

このような住居として保護される「宅地」に、本件玄関ポーチが含まれることを確認した上で、そこへの捜査官らの立入が間違いなく「物理的侵入」であることを説明している。この部分の説示は、*Jones* 判決を引用しており、*Jones* 判決が示したトレスパス・テストに基づくことを示唆したものと見える。よって、本件は、トレスパス・テストを捨て去ってはいないという *Jones* で示された立場を踏襲する判断と位置付けられる。

(2) *Torrey Dale Grady v. North Carolina*¹⁸¹

被告人 *Torrey Dale Grady* は、ノースカロライナ州公判裁判所において、1997年に第二級性犯罪で、2006年に児童強制わいせつ罪で、有罪判決を受けた。後者の罪での刑に服した後、ニューハノーヴァー郡上級裁判所で行われる、彼を常習性犯罪者として衛星利用監視 (Satellite-based Monitoring) プログラムの下に置くかどうかを決定する審理への出頭命令を受けた。彼は、追跡装置を常時装着することが義務付けられる監視プログラムは、不合理な捜索及び押収を受けることのない第4修正上の権利を侵害すると主張した。公判裁判所は、被告人に、生涯プログラムの監視下に置く旨の命令を下した。

被告人は連邦控訴審において、合衆国最高裁の判断である *United States v. Jones*¹⁸² に依拠して、合衆国憲法第4修正を理由とする異議を再度申し立てた。

¹⁷⁷ *Supra note* 175, at 6.

¹⁷⁸ *Id.*

¹⁷⁹ *Supra note* 85, at 180.

¹⁸⁰ *Supra note* 45, at 511.

¹⁸¹ *Torrey Dale Grady v. North Carolina*, 575 U.S. 306 (2015).

¹⁸² *Jones* では、合衆国最高裁は、警察官が、衛星利用測位システム(GPS)追跡装置を被疑者の車両に取り付け、その移動を監視した場合、合衆国憲法第4修正上の「捜索」にあたるという判断がなされている。

ノースカロライナ州連邦控訴審は、United States v. Jones 以前の判断である State v. Jones に依拠して、被告人の主張を退けた。すなわち、「被告人の主張は本質的に、個人の車両に GPS を取り付けることが捜索に当たるのであれば、個人にアンクレットを取り付けることは、間違いなくそれ以上に侵入的な行為であって、同様に捜索に当たるとされなければならない、というものであるが、民事上の SBM 手続きが関わっている本件における事情は、合衆国最高裁が、証拠排除申し立ての文脈で、捜索の適法性について検討した United States v. Jones とは事案を異にする」ため、本件において、United States v. Jones は先例とならないと判断した。同州最高裁も同様に、被告人の上訴を棄却し、裁量的再審理の申し立てを退けた。

合衆国最高裁の法廷意見は、パーキュリアムで以下のように判示した。

連邦控訴裁判所は、被告人の異議を退けるのに、State v. Jones の一節を引用しただけである。そして、その引用された一節から我々が理解できたのは、対象者の同意なく施行される州の衛星利用監視制度に、合衆国憲法第 4 修正上の捜索の問題は生じないというものがあるが、その理論は、当合衆国最高裁の判例と一貫しない。

合衆国最高裁は、United States v. Jones で、「被疑者の車両の移動を監視するために、政府による、被疑者の自動車への GPS 装置の取り付け及び使用が、『捜索』に当たる」と判断したが、その中で、政府が「情報を収集する目的で、私有財産を占有した」という事実の重要性を強調している。このような事実がある場合には、合衆国憲法第 4 修正上の捜索が行われたかどうかを判断するにあたり、車両の移動に対する被疑者のプライバシーの期待について検討する必要はない。政府が、憲法上保護される領域に物理的に侵入して、情報を収集する場合、これが捜索に他ならないのは明らかである。

州政府が、対象者の移動を追跡する目的で、対象者の同意なく、追跡装置をその身体に装着する場合にも、捜索が行われたといえる。

この州のプログラムが情報の取得を意図していることは明白である。また、これは、対象者の身体に物理的に侵入して情報収集をするため、合衆国憲法第 4 修正上の捜索が生じる。

しかし、衛星利用監視装置の装着が合衆国憲法第 4 修正上の捜索にあたると判断しても、当該プログラムの合憲性、すなわち、第 4 修正上合理的な捜索といえるかどうかについては、十分な検討が尽くされていない。ノースカロライナ州最高裁判所の判決を取り消し、差し戻す。

Grady は、ノースカロライナ州法の合憲性を判断する前提として、常習性犯罪者の身体に、衛星利用監視装置 (Satellite-based Monitoring device) を取り付ける行為が、合衆国憲法第 4 修正の合理性要件の趣旨から、捜索に当たると判断された事案である。

本件において、合衆国最高裁は Jones の判断を確認している。Jones では、トレスパス・テストにより、「被疑者の車両の移動を監視するために、被疑者の車両に GPS 装置を取り付

け使用した行為が、『搜索』にあたる」と判断され、その際、「私有財産を占有した」という事実がある場合には、プライバシーの期待について検討する必要がないとされた。*Grady* は、*Jones* を引用し、それを確認する形で、「対象者の移動を追跡する目的で、対象者の同意なく、追跡装置をその身体に装着する場合にも、『搜索』にあたる」と判示したものであり、*Jones* と同様に、トレスパス・テストを用いた判断である。

従来のトレスパス・テストは、捜査機関による、所有物への侵害・干渉という客観的な事情を重視していた。しかし、本件も、*Jardines* も、同意がないという、対象者の主観的事情を重視している。「トレスパス・テスト」というものが、*Olmstead・Goldman* 法理の時代から寸分違わぬ形で用いられているのではなく、「同意の有無」という主観的事情を重視するように現代の変容を遂げていることがわかる。

本件では、パーキュリアムの最後で、「我々合衆国最高裁はそのようには考えない」と述べられていることから、SBM プログラムが合衆国憲法第 4 修正に違反する、換言すれば、衛星利用監視装置を、対象者の同意なく、その身体に装着することは、第 4 修正上不合理な搜索にあたるという合衆国最高裁の立場が明確に表現されている。

Grady は、身体への機器の装着についてトレスパスを問題としたが、トレスパス・テストに関して、近年、合衆国最高裁のトレスパスの判断において、「物理的侵入」の有無から「同意」の有無へと変遷していることにも着目すべきである。同意とは、プライバシーの開披を承諾する行為である。この点に、搜索・押収の対象に対してプライバシーの期待を有していないという被処分者の利益感覚が現れている。したがって、この意味においては、同意により所有物へのアクセスが行われる場合も、プライバシーの主観的期待すらない場合——シークレット・エージェント類似のパターン——のひとつとして位置づけることが可能である。これは、プライバシー・テストにトレスパス・テストを組み込むことが可能であることを示唆している。

しかし、トレスパス・テストをプライバシー・テストに組み込むことができるとしても、二段構えの判断枠組みが変わることはないだろう。例えば、*Silverman* や *Jones* のように、将来生じ得る会話や移動を監視する場合、事前に同意を得ることは事実上不可能であるため、個人の所有物にアクセスするという捜査手法で搜索・押収がなされた場合には、必ずトレスパスが認められることになる。他方、個人の所有物にアクセスすることなく、搜索・押収がなされる場合、トレスパス・テストでは一切対処ができない。このような捜査手法は、科学技術の発達という文脈においては、より拡大する。プライバシー・テストは、トレスパス・テストでは判断できない複雑な捜査手法を規律する役割を担う。

このように、合衆国最高裁は、捜査機関が証拠を取得する行為において、所有物への立ち入りや機器の装着が認められる場合には、トレスパス・テストを用い、トレスパス・テストでは保護が十分でない場合、または、トレスパスなく搜索・押収が行われた場合には、プライバシー・テストを用いて判断するという二段構えの判断枠組みを採ったと理解することが適切である。

プライバシー・テストは今日の社会において、合衆国憲法第 4 修正上の保護を柔軟に及ぼし得るものであるが、そうであるがゆえに、現場の捜査官にとって、判断基準が必ずしも明確とはいえないことが難点である。他方、住居に立ち入り、録音機器を設置する行為や、GPS 装置を私有財産たる車両に取り付ける行為など、トレスパスが問題となる場合には、それがトレスパスを構成し得ることは、行為時の現場の捜査官においても、ある程度客観的に認識できる。したがって、トレスパス・テストは、現場の捜査官にとって、プライバシーの合理的期待を侵害する行為か否かの判断が困難であるという、プライバシー・テストの難点を補完するものとしての機能をも併せ持つ。

二. 既存の例外法理とデジタル・データ

1. Riley v. California¹⁸³

①Riley v. California

被告人 David Leon Riley は、登録が失効している車両を運転した交通違反で警察官に停車させられた。同車両はインパウンドされ、警察署においてインヴェントリー・サーチ¹⁸⁴が行われた。その結果、同車両のボンネットの下から拳銃が発見され、被告人は、弾丸が装填された状態の銃器隠匿及び所持の罪で逮捕された。

逮捕に伴う捜索・押収として、被告人の身体を捜索したところ、警察官は、被告人とストリートギャングとの関連をうかがわせる物品を発見し、さらに、被告人のズボンのポケットから携帯電話を発見、押収した¹⁸⁵。さらに、この警察官が、押収した携帯電話内の情報を調

¹⁸³ *Supra note* 126. 本件では、争点を同じくする *Riley* 及び *Wurie* が併合して審理された。本稿では、両事案をまとめて述べる場合には *Riley* と表記する。本件の邦語解説として、柳川重規「逮捕に伴う捜索・押収の法理と携帯電話内データの捜索：合衆国最高裁 *Riley* 判決の検討」法学新報 121 号 527 頁 (2015 年)、池亀尚之「*Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473 (2014) 一逮捕に伴って実施された携帯電話内のデジタル情報の無令状捜索が、合衆国憲法第 4 修正に違反すると判断された事例」アメリカ法 2015 年 1 号 144 頁 (2015 年)、森本直子「被逮捕者の携帯電話の捜索と令状の必要性：Riley v. California, 134 S. Ct. 2473 (2014)」比較法学 49 卷 2 号 336 頁 (2015 年)、辻雄一郎「合法的逮捕に伴うスマートフォンの無令状捜索に関する憲法学的考察」法政論叢 51 卷 2 号 (2015 年)、緑大輔「逮捕に伴う電子機器の内容確認と法的規律：Riley 判決を契機として」一橋法学 15 卷 2 号 163 頁 (2016 年)、小早川義則「*Riley v. California*, 573 U.S. -, 134 S. Ct. 2473 (2014 年 6 月 25 日)：警察官は一般に、令状なしに、適法に逮捕された個人から押収された(セル式)携帯電話に記憶されているデジタル情報を押収できない。」名城ロースクール・レビュー 37 号 119 頁 (2016 年)、高村紳「携帯電話保存情報の逮捕に伴う無令状捜索についての考察：Riley 事件判決の検討を基に」法学研究論集 45 号 165 頁 (2016 年)、椎橋隆幸編『米国刑事判例の動向 VII』(中央大学出版部、2020 年) 339 頁〔安井哲章〕など。

¹⁸⁴ 没収物件リスト作成にあたり、車内にある物を確認するために行われる捜索のこと。

¹⁸⁵ 事実認定によれば、押収された携帯電話はスマートフォンであった。スマートフォンとは、高度なコンピュータ性能や、大きな保存容量、インターネットへの接続性に基

べたところ、メッセージや連絡先リストにおいて、ストリートギャングのメンバーを表す隠語が用いられていることに気が付いた。

逮捕から約2時間後、ギャングを専門とする刑事が、さらに、押収された携帯電話内の情報を調べた。その結果、数週間前に発生した発砲事件への被告人の関与をうかがわせる写真を発見した。

かくして、被告人は、先の発砲事件と、車両内での発砲、セミオート拳銃による暴行・脅迫、及び、殺人未遂への関与の罪で起訴された。被告人は公判に先立ち、本件警察官が携帯電話から得た全ての証拠について排除を申し立てた。彼は、警察官らは、無令状で捜索を行っており、また、それを正当化する緊急状況もなかったという理由から、本件携帯電話の捜索は合衆国憲法第4修正に違反すると主張した。公判において、警察官らは、被告人の携帯電話から発見された写真及び動画について証言し、何件かの写真が証拠として採用された。被告人は、3つの訴因全てについて有罪判決を受け、15年間の刑が加重され、終身刑を宣告された。

カリフォルニア州連邦控訴審は、被逮捕者が携帯電話を身につけている場合には、逮捕に伴う捜索として無令状で携帯電話内のデータを検索することは合衆国憲法第4修正上認められる、と判断したカリフォルニア州最高裁の判断¹⁸⁶に依拠し、原判決を支持した。

カリフォルニア州最高裁が被告人の再審請求を退け、合衆国最高裁がサーショレイライを認めた。

②United States v. Wurie

被告人 Brima Wurie は、薬物販売の現場を警察官に目撃され、逮捕されて、警察署へ連行された。警察署において、警察官は被告人の身体から携帯電話2台を押収した。その内、本件で問題となっている1台は、「フリップフォン」であった¹⁸⁷。その携帯電話が、外画面に「自宅」と表示されるところから何度も架電されていることに気付いた警察官は、着信履歴を見るために、携帯電話のあるボタンを押し、「自宅」という名前に紐づけられている電話番号を調べるために、もう一度ボタンを押し、オンラインの電話帳を用いて、その電話番号を使用しているアパートを突き止めた。警察官は、そのアパートが被告人の自宅であることを確認した上で、捜索令状を入手し、アパートの捜索を行なった。これにより、クラックコカイン215グラム、マリワナ、薬物用品、銃器及び銃弾、現金が発見され、押収された。

Wurie は、クラックコカインの頒布、頒布目的所持、拳銃及び銃弾の所持での重罪で起訴された。彼は、アパートの捜索によって入手された証拠は、憲法に違反する携帯電話の捜索

く、多岐にわたる機能を備えた携帯電話である。

¹⁸⁶ People v. Diaz, 51 Cal. 4th 84, 244 P. 3d 501 (2011).

¹⁸⁷ フリップフォンとは、普段は折りたたんで携帯し、使用時に開くタイプの携帯電話で、一般的にスマートフォンに比べて機能が限られている。

によって得られた物であると主張して、証拠排除を申し立てたが、連邦地裁は、この証拠排除の申立を退け、3つの訴因全てについて被告人を有罪と認定し、懲役 262 か月を宣告した。

第一巡回区 Court of Appeals は、意見がわかれたものの、Wurie の証拠排除申立を却下した原審の判断を破棄し、薬物の頒布目的所持及び重罪としての銃器所持についての有罪判決を破棄した。そこでは、携帯電話は、個人そのものを表す情報を多分に含んでおり、法執行に対してはほとんど脅威を与えるものでないため、逮捕に伴い無令状で捜索し得るその他の所持品とは異なるという判断がなされた。合衆国最高裁がサーショレイライを認めた。

Roberts 裁判官執筆の法廷意見は以下のように判示した。

合衆国憲法第 4 修正の本文が明らかにしているように、第 4 修正の究極的な基準は「合理的か否か」である¹⁸⁸。法執行機関が犯罪の証拠を発見するために捜索を行う場合、第 4 修正上合理的であるためには、特段の事情のない限り、裁判所の令状を入手することが求められる。裁判所の発付する令状は、捜索を認めるという結論が、犯罪を探し出すというしばしば競合する活動に従事する警察官によってではなく、「公平で中立なマジストレイトによって出された」ものであることを保証する。令状がない場合、令状要件に対する特定の例外に該当しない限り、合理的な捜索ではないとされる。

Riley v. California 及び United States v. Brima Wurie の両事案では、適法な逮捕に伴って行われた無令状での捜索が合理的か否かが争点となった。

当合衆国最高裁は、Robinson において明確にされた、逮捕に伴って無令状での捜索押収が可能であるという法理を、携帯電話内のデータの捜索にまで拡張して適用はしない。そして、特段の事情のない限り、警察官はそのような捜索を行う前に令状を入手しなければならないと判断する。

近年の携帯電話は、ありふれた技術的利便性ではない。科学技術の発展により、今や個人が種々の情報を手の中に入れて持ち歩くことが可能になったという事実によって、その情報が保護に値しないものになるということはない。ゆえに、警察官は、逮捕に伴い押収した携帯電話内を捜索する前に、何をしなければならないかという問いに対する我々の答えは、単純である。すなわち、令状を入手せよということである。

Riley について、カリフォルニア州控訴審の判断を破棄し、差し戻す。Wurie について、第一巡回区 Court of Appeals の判断を支持する。

(1) Riley 判決の判断枠組み

本件は、合衆国最高裁が全員一致で、逮捕に伴い、被逮捕者の携帯電話内のデジタル・データを、無令状で捜索することは合衆国憲法第 4 修正に違反すると判断した事案である。

¹⁸⁸ *Supra note 126*, at 381-382.

判断枠組みとして、法廷意見はまず、合衆国憲法第4修正の究極的な判断基準は「合理的か否か」であるとし、逮捕に伴う無令状捜索の適否も、この問題であるとする。そして、捜索・押収が無令状で行われた場合には、原則「不合理」だと推定され、特定の令状要件の例外に該当する場合に限って、第4修正上「合理的」な捜索であるとされる。

令状要件の例外に該当するか否かについては、合衆国憲法第4修正が採用された当時の憲法起草者らの意図から判断し、それでは適切な判断ができない場合には、「個人のプライバシーに対する侵害の度合い」と、「合理的な政府の利益を促進する必要性」とを衡量して判断されるとする。これは、最も基本的なバランスの取り方である。すなわち、第4修正により全てが保護されるとすると、警察官は、目を開けて街中を歩くことにさえ相当理由が必要とされてしまい、犯罪の解決に相当な困難を強いられることになるだろう。他方、第4修正は何も保護しないとすると、自宅や私的な空間への政府の濫用的な侵入行為に対して適切な保護を受けられないことになるだろう¹⁸⁹。

*Riley*で問題となったスマートフォン¹⁹⁰はおろか、*Wurie*で問題となった携帯電話のように、そこまで高性能ではない携帯電話でさえも、登場してからさほど期間が経っておらず、どちらの携帯電話も、*Chimel*や*Robinson*の判断が出された頃には、まだ想像も及ばなかったテクノロジーに基づいているため、携帯電話内の情報の捜索が第4修正上「合理的か否か」は、後者のバランスング・アプローチにより判断される。その上で、後述するように、携帯電話内の情報が捜索の対象とされる場合、侵害される個人のプライバシーの度合いは著しく高いのに対し、無令状で捜索を行う必要性は低いという評価を行っている。

次に、法廷意見は、逮捕に伴う捜索に関連する判例として、第一に*Chimel*で示された事項について順に検討する。すなわち、既存の、逮捕に伴う捜索という理論の大部分の基礎を作った*Chimel*での、逮捕に伴う被逮捕者の身体への捜索は、「逮捕官憲の安全を確保する必要性」と「証拠破壊を防止する必要性」に支えられているとの判断が、携帯電話を対象とした場合に、どこまで妥当するののかということを問うている。

そして、2つ目の関連判例として、*Robinson*を挙げている。*Robinson*判決は、*Chimel*で明確にされた、逮捕に伴う捜索を正当化する2つの理由（官憲の安全確保と証拠破壊の防止）のいずれかが存在するか、個々の事案において検討する必要はないと述べる。すなわち、個々の事案において、証拠喪失の恐れがなく、また、被逮捕者が凶器を持っている恐れがなくても、合理的な捜索とされると判断する。

さらに法廷意見は、関連判例を締めくくるものとして *Arizona v. Gant*¹⁹¹を挙げている。これは、被逮捕者の自動車の捜索についての事案であるが、*Chimel*によって、警察官が自動車を捜索することが認められるとしつつ、被逮捕者が確保された状態でなく、捜索中に、

¹⁸⁹ Orin S. Kerr, *Applying the Fourth Amendment to the Internet: A General Approach*, 62 STAN. L. REV. 1005 (2010).

¹⁹⁰ 以降、特に区別を設ける必要のない限り、「携帯電話」とする。

¹⁹¹ *Supra note* 151.

車内に手が届く範囲にいる場合に限られるとの限定付けをした。さらに、自動車という事情に特有の状況から、『逮捕に係る犯罪に関連する証拠が当該自動車内で発見され得ると思料することが合理的』である場合』という独立の例外を加える。

(2) 先例との関係

法廷意見は、*Chimel*、*Robinson*、*Gant*を本件に関連する判例として挙げている。それぞれの判例と本件との関係を検討し、*Riley*判決の意義を明らかにする。

まず、本件では、逮捕に伴う捜索・押収法理によって、被逮捕者の所持する携帯電話内のデジタル情報まで無令状で捜索・押収することができるか否かという問題が提起されている。逮捕に伴う捜索・押収法理は、*Weeks v. United States*¹⁹²の判断の中で、「犯罪の成果物または証拠を発見し押収するために適法に逮捕が行われた場合、イギリス法及びアメリカ法上常に認められる、被疑者の身体を捜索する権限」として初めて認められた¹⁹³。それ以来、逮捕に伴う捜索・押収は、長い間、確立した法理として認められてきたが、その法理の射程についても、同じくらい長い間議論がなされてきたのである¹⁹⁴。

第一に、*Chimel*である。*Chimel*は、既存の、逮捕に伴う捜索法理の大部分の基礎を作った判例であり、*Riley*に最も密接に関係する判例であろう。これは、被疑者を逮捕令状により逮捕した警察官が、続けて家中を捜索した行為が、合衆国憲法第4修正上、合理的かどうかの問題となった事案であった。法廷意見を *Stewart* 裁判官が執筆し、合衆国最高裁により、逮捕に伴う捜索・押収が認められる理論的根拠が明らかにされるとともに、第4修正上合理的か否かを判断するルールが作られた。また、逮捕に伴う捜索・押収は無制限に認められるのではなく、範囲的限界があることが明確にされた。

*Chimel*の法廷意見は、逮捕に伴う捜索・押収が認められる根拠として2つの別個の要素を指摘する。第一の正当化根拠は、逮捕官憲の安全を確保する必要性である。すなわち、「逮捕時、被疑者が逮捕に抵抗し、逃亡するのに用いられる可能性のある凶器を取り上げるために被逮捕者の身体を捜索することは、逮捕を行う官憲のために、合理的」といえる。さもなければ、「官憲の身体が危険にさらされる恐れが十分にあり、逮捕それ自体が完遂できない」からである。

第二の正当化根拠は、証拠破壊を防止する必要性である。「被逮捕者が身につけている証拠を捜索し押収することは、証拠の隠滅や破壊を防ぐために合理的」だからである。この2つの理論的根拠に従えば、「被逮捕者の身体、及び被逮捕者の直接の支配領域(“the arrestee's person and the area ‘within his immediate control’”)¹⁹⁵」については、逮捕に伴う捜索・押収が認められ得ることになる。

¹⁹² *Supra* note 80.

¹⁹³ *Id.* at 392.

¹⁹⁴ *Gant*では、「波乱万丈の歴史」と評されている。*Supra* note 151, at 350.

¹⁹⁵ *Supra* note 121, at 763.

さて、これらの理論的根拠は、搜索の対象が携帯電話内のデータの場合にも妥当するのだろうか。妥当するのであれば、逮捕に伴う搜索・押収が正当化される理由があり、令状は不要だということになる。他方、妥当しないのであれば、逮捕に伴う搜索・押収が正当化される理由は存在せず、搜索・押収を行う前に令状を入手しなければならないことになる。

*Chimel*の分析によれば、合衆国憲法第4修正の下で、逮捕に伴う搜索・押収が許されるのは、①逮捕官憲の安全を確保する必要性と、②証拠破壊を防止する必要性に基づく。まず、第一の正当化根拠——逮捕官憲の安全を確保する必要性——の点を見るに、逮捕に伴う搜索により、被逮捕者の身体から携帯電話が発見された場合、その携帯電話の外観を調べることは認められる。「未確認の物理的物体には、被疑者の逮捕という緊迫した状況の間は、どれだけ僅かであろうとも、常に危険があり得る¹⁹⁶」からである。例えば、携帯電話の裏面に剃刀の刃が仕込まれている、あるいは、携帯電話の充電端子に爆発物が入っているということが考えられる。したがって、携帯電話の物理的側面については、逮捕官憲の安全を確保し、もって逮捕を完遂するという必要性が認められる。

他方、携帯電話内のデジタル・データは、それ自体では、逮捕にあたる警察官に危害を加えたり、被逮捕者の逃亡を可能にする凶器としては使用され得ない¹⁹⁷。ひとたび、警察官が携帯電話を確保して、考え得る何らかの物理的危険を排除してしまえば、その携帯電話内のデジタル・データが誰かを危険にさらすということはない¹⁹⁸。したがって、携帯電話内のデータについては、一般的に、逮捕官憲の安全を確保する必要性が認められないといえる。

これに関して、政府は、携帯電話内のデータの搜索は、例えば、警察官に対し、被逮捕者の共犯者が現場へ向かっていることに注意を喚起するといったように、様々な間接的な方法で、警察官の安全を確保するのに資すると主張する。しかしながら、逮捕現場の外部からの危険というのは、被疑者の逮捕という状況において、必ず考え得るものではないため¹⁹⁹、例外的に、そのような恐れがある場合には、個々の事案において、緊急例外のような令状要件の例外の適用を検討することにより適切に対処できる問題である²⁰⁰。

続いて第二の正当化根拠——証拠破壊を防止する必要性——について見ると、*Riley*において政府側も認めているように²⁰¹、警察官は、被逮捕者の身体から発見された携帯電話を押収し確保することができる。ひとたび、警察官が携帯電話を確保し、その管理下に置いてしまえば、被逮捕者はその携帯電話に触れることができないため、携帯電話内のデータが消去される危険はもはや排除されたといえる²⁰²。したがって、携帯電話内のデータについては、

¹⁹⁶ *Supra note 126, at 387.*

¹⁹⁷ *Id.*

¹⁹⁸ *Id.*

¹⁹⁹ *United States v. Chadwick, 433 U.S. 1, 14-15 (1977).*

²⁰⁰ *Supra note 126, at 388.*

²⁰¹ *Id.*

²⁰² *See id.*

一般的に、被逮捕者による証拠破壊を防止する必要性は認められない。

政府は、そうであるとしてもなお、いまだ証拠破壊の恐れがあることを主張する。すなわち、携帯電話内のデータは、遠隔消去 (data wiping)²⁰³と暗号化 (data encryption)²⁰⁴という2種類の、デジタル・データに特有の証拠破壊手段に対して弱い²⁰⁵、その種の証拠破壊の恐れがいまだ存するという主張である。

このような証拠の喪失に関する政府の主張は、*Chimel*における論拠とは視点を異にする。*Chimel*において注目されたのは、手の届く範囲内の証拠の隠滅を試みることで逮捕を免れようとする被疑者であったが、*Riley*において政府の関心が向けられているのは、主として、逮捕現場にいない第三者の行為である²⁰⁶。

政府の主張する、拡張された証拠破壊の恐れという点に関して、警察官は、押収した携帯電話内のデータの喪失または破壊を防ぐために、少なくとも次の3つの選択肢を有することが指摘されている²⁰⁷。第一に、携帯電話の電源を切る、またはバッテリーを抜くこと²⁰⁸。第二に、遠隔操作によりデータが消去されるのを防ぐ安価な装置を使用すること²⁰⁹。第三に、携帯電話内の内容を、他の機器にコピーすることである²¹⁰。

このような証拠保全手段を踏まえても、証拠破壊の恐れが切迫している場合、すなわち、「警察官が、『今を逃したらもう後がない』という状況に真に直面している²¹¹」場合には、警察官は、緊急例外の法理に依拠して、当該携帯電話を直ちに捜索することができる。

²⁰³ 遠隔消去 (remote wiping) は、ワイヤレスネットワークに接続された携帯電話が、保存されているデータを消去する信号を受信した時に発生する。これは、第三者が遠隔信号を発信した時、または、携帯電話が特定の地理的範囲に入った、もしくは、そこから出た時 (いわゆる「ジオフェンシング」) にデータを消去するようプログラムが施されている場合に行われる。

²⁰⁴ 暗号化 (encryption) は、一部の最新式携帯電話において、パスワードによる保護に加えて採用されているセキュリティ機能である。そのような機能が設定された携帯電話がロックされると、パスワードが判明しない限り、非常に高度な暗号によってデータが保護され、ほぼ確実に解読できなくなる。

²⁰⁵ *Supra note 126*, at 388-389.

²⁰⁶ データの暗号化に関しては、被告人またはその仲間による、逮捕に係る証拠の隠滅を図る何らかの行為から、さらに離れて、携帯電話のセキュリティ機能の通常の使用に焦点が当てられている。 *See id.*

²⁰⁷ *See* 728 F.3d 1 (1st Cir. 2013), cert. granted, 134 S. Ct. 999.

²⁰⁸ *Id.*

²⁰⁹ *Id.* これには、一般に、イギリスの科学者マイケル・ファラデーにちなんで、「ファラデー・バッグ (Faraday bags)」と呼ばれる、アルミホイルで作られたバッグが用いられている。暗号化が懸念される場合には、携帯電話を電源の入った状態のまま、このバッグの中に入れることにより電波を遮断する。安価で軽量で使い易い。すでに、合衆国中の多くの法執行機関において、ファラデー・バッグの使用が推奨されている。

²¹⁰ *Id.*

²¹¹ *Missouri v. McNeely*, 569 U.S. 141 (2013).

あるいは、ロックされていない状態の携帯電話を発見・押収する場合²¹²、警察官は、携帯電話のロックに伴うデータの暗号化を防ぐために、オートロック機能を無効にすることができる。このような防御的措置は、令状の発付を待っている間、証拠保全のための現場を凍結する措置を是認した *McArthur* 法理²¹³の下で検討され得る²¹⁴。

このように、法廷意見は、政府の主張するデータの遠隔消去や暗号化という広範な問題にまでは、*Chimel*の論拠が拡張されないという理解を示した。これによれば、逮捕に伴い携帯電話のデータを無令状で検索・押収することは、被逮捕者以外の者によるデータの遠隔消去や、セキュリティ機能によるデータの暗号化の恐れがあることによって一般に正当化されるものではない。個々の事案において、そのような危険が真に迫っていることを示す事情がある場合には、緊急状況の例外により正当化される場合がある。

まとめると、*Riley*の法廷意見は、携帯電話の外と中とを明確に区別し、外観を調べることについては、逮捕官憲の安全を確保する必要が認められるため許されると判断した。他方、携帯電話内のデジタル・データについては、*Chimel*で示された、逮捕に伴う検索・押収の2つの正当化根拠、すなわち、①逮捕官憲の安全を確保する必要性及び②証拠破壊を防止する必要性のいずれも存在せず、逮捕に伴い無令状で検索すべき政府の利益は大きくないと判断したのである。

逮捕に伴う検索という例外の根拠は、不安定な逮捕状況においては政府の利益が増大するというだけでなく、警察官に身柄拘束されることに対する被逮捕者のプライバシーの利益が縮減していることにもある。ここまで述べてきた *Chimel*の論拠は、専ら前者に関わる問題であった。次の第二の関連判例において、被告人のプライバシーの利益に関わる検討をする。

第二の関連判例が前述の *Robinson* である。*Robinson* では、逮捕が適法であれば、一律に、被逮捕者の身体及び直接の支配領域については検索・押収を行って良いことが示された。さらに、被逮捕者の身体（着衣）の検索と、それにより発見された容器（タバコの箱）の中身の検索とは区別されず、警察官は、逮捕に伴う捜索中に被逮捕者の身体から発見した「容器 (container)」の中身についても検索・押収できるとするコンテナ理論を確立した²¹⁵。財布も住所録もコンテナ理論によって逮捕に伴い無令状で検索・押収された。

Robinson の判断が、被逮捕者のプライバシーの利益が縮減している状況にあることを重視したのは、政府による権限行使によりすでに大きな侵害が生じており、それに比べると、

²¹² 現実には、*Riley*でも指摘されるように、逮捕を完遂し、現場を保全し、急を要する問題に対処する必要があるため、警察官が携帯電話にすぐに注意を向けることができないことが十分にあり得る。それに対し、携帯電話がロックされるまでの時間は非常に短いため、ロックのかかっている状態の携帯電話を押収した警察官が、その携帯電話にロックがかかりデータが暗号化されるまでの短い間に捜索を開始できることは考えられない。

²¹³ *Illinois v. McArthur*, 531 U.S. 326 (2001).

²¹⁴ *Supra* note 126, at 391.

²¹⁵ *Supra* note 128, at 236.

わずかな追加的侵害を負わせるものでしかないという論拠を採るからである。このことは、さらに侵害されるプライバシーが十分に深刻である場合には、被逮捕者のプライバシーの期待が縮減した状況であっても、搜索・押収には令状を要するという結論を導く。

対象が携帯電話内のデータの場合にも、*Robinson* がそのまま妥当するだろうか。すなわち、携帯電話内のデータの搜索により生じる侵害は、逮捕によって生じる侵害に比べて「些細な追加的侵害」といえるのだろうか。*Robinson* で問題となったタバコの箱と携帯電話とを同様に扱うことが適切か問題となる。

最新の携帯電話は、タバコの箱や財布、小銭入れの搜索に比べて、はるかに大きなプライバシーの問題を生じさせる。被逮捕者のポケットから発見された物の中身を調べるとは、逮捕それ自体よりも大きな更なるプライバシー侵害をもたらすものでないという結論は、物理的な物品においては、道理にかなない得る。しかしながら、その理由づけをデジタル・データにも及ぼすにあたっては、携帯電話というものの根本に基づかなければならない。

携帯電話はいまや、人々の日常生活において欠かせないものとなっている。携帯「電話」という名称ではあるが、そこには電話機能だけでなく、電話帳、メール、カメラ、ビデオ、プレイヤー、メモ帳、カレンダー、地図、健康管理、万歩計、テープレコーダー、電子書籍、日記帳、アルバム、テレビ、新聞など多彩な機能が搭載されている。さらに、アプリケーション等を用いることで、さらに多岐にわたる機能をつけることができる。Riley の法廷意見は、この点をもって、携帯電話をミニコンピュータと位置づけているほどである。

このことは、ここから得られたデジタル情報と、従来の物理的な証拠との間に大きな違いをもたらす。第一に量的な差異である。物理世界においては、一般に、証拠がどこにあるか、そしてそれはどのくらいの量か、どのくらい素早く移動できるか、どのくらいに分割され保管されるか、といったことは、証拠物の物理的側面に内在する限界があり、ゆえにある程度の具体的な予測が可能である。物理的な証拠はかさばり、重さがあるためである。そのため、それを移動させるには力が要り、隠す努力をしなければならない。証拠は特定の場所にあることが多く、たいてい犯罪現場の付近であるが、その特定の場所はある程度予測可能であり、少なくとも、必ず現実に存在する場所にある。また、証拠が存在し得る場所にも、量的限界がある。住居がいかにか豪邸であっても、広さというのは有限である²¹⁶。よって、証拠の量についても、ある程度の予測が可能なのである。

既存の搜索・押収法理は、このような物理的限界を前提にしている。搜索が認められる範囲は、通常、物理的な概念に沿うものである。例えば、搜索可能な範囲は、物理的な基準によって限定されている²¹⁷。すなわち、逮捕に伴う無令状での搜索が認められる範囲は、被逮捕者が物理的に掌握できる範囲であり、一般にそれ以上は許されない。あるいは、ある地区で裁判官により発付された搜索令状が効力を及ぼすのは、従来、その地区内の場所及び証拠に限られるとされてきた。

²¹⁶ See *supra* note 189, at 1012-1014.

²¹⁷ *Id.*

しかしながら、コンピュータにおいては、このような物理的基準が必ずしも合致するとはいえない。デジタル・データそれ自体は、物理的なものではなく、ヴァーチャルな、実体を持たない証拠である。それゆえ、デジタル・データは、携帯電話やノートパソコン、さらにはクラウド・コンピューティング・システムにより、どこにでも運ぶことができ、どこにでも存在し得るものであり、また同様に、容易に変更・消去できてしまう。また、データを分割または圧縮してサイズを小さくすることができる一方、コンピュータ自体の保存容量も非常に大きいばかりか、クラウドやサーバーを利用した場合のデータ保存空間は膨大な広さである。さらには、複数のサーバー・アカウントを使い分ければ、保存可能なデータの量は、もはや無限である。これらこそが、まさにコンピュータの特性であり、また、コンピュータが今日におけるほどまでに発達・普及した要因の一つでもある。

前述したように、*Chimel*による正当範囲は物理的証拠を前提としたものであったが、法廷意見が「物理的な実行可能性と、電子的な容量の間の溝が今後もひたすら広がり続けるだろう²¹⁸」と考えているように、コンピュータ技術の発達に伴い、今後さらにデジタル証拠が増えていこう。このことは、*Chimel*の基準が今後見直される可能性があることも示唆しているといえる。

*Riley*の法廷意見は、コンピュータ（本件においては携帯電話であるが）の保存容量という特性によりプライバシーに与える影響を強調する。すなわち、第一に、携帯電話は一か所で、例えば住所やメモ、処方箋、銀行取引明細、動画等、様々な異なる種類の情報を収集するが、それらの情報が結び合わさることにより、個々の記録よりも、はるかに多くの事柄が明らかになること。第二に、携帯電話の容量が増えれば、一種類だけの情報さえも、以前に可能であったより、はるかに多くの情報を伝えることが可能になることである²¹⁹。

ここでは、量が質に転化することが示唆されている。情報量1のデータが1000個集まった場合、単純に $1 \times 1000 = 1000$ の情報ではなく、それ以上の、はるかに多くの私的な情報が明らかにされ得る。個々の情報の量的集合体により、個々の情報からは判明しない内容を持つ情報が取得され得る。この意味において、確かに、情報の量は質に転化するといえるのである。

また、携帯電話は、その登場までは通常持ち歩かれることのなかった（持ち歩くことのできなかつた）物を携行することを可能にした。また同時に、携帯電話の検索により、住居の徹底的な検索よりもなお、はるかに多くのことが明らかになる。例えば、数年間のカレンダーや日記、過去に立ち寄ったあらゆる場所、数年間の通話履歴、過去に閲覧したあらゆるウェブページ等、容易に例を挙げることができる。こうした情報は、以前なら住居で発見された、多くの慎重な扱いを要する記録がただデジタルになったものというにとどまらず、住居内ではいかなる形でも決して発見されることのなかった、多岐にわたる内密な情報でもある。

²¹⁸ *Supra note 126*, at 394.

²¹⁹ *Id.*

以上のような事実を踏まえれば、デジタル・データは、物理的物体とは区別されなければならない。現代においては、携帯電話あるいはコンピュータ内の情報について、単なる情報の「容器 (container)」であると理解し²²⁰、*Robinson* をそのまま適用することは、コンピュータというものの特性を無視し、個人のプライバシーの利益を軽視するものといえるだろう。さらに、Riley の法廷意見は、「携帯電話が、画面をタップして、別の場所に置かれているデータにアクセスするのに使われる場合には、容器との類似性は完全に消え失せる²²¹」と指摘し、携帯電話の「容器」性さえも否定する。クラウド・コンピューティングは、インターネットに接続されたデバイスで、デバイスそれ自体ではなく、リモートサーバーに保存されたデータを表示できる機能であるが、携帯電話にこのような機能が搭載されていることを考慮すると、もはや携帯電話は、「物体を入れておくことのできる物」としての容器とは全く異なるものとなる。

検索が個人の私的な内容を明らかにすると言っても、そこにはグラデーションがある。すなわち、「携帯電話内のデータが検索された」と言った場合に、検索が及んだのは通話履歴だけだったのか、それともメッセージやメール、写真等まで広く行われたのかで区別すべきかどうか問題となり得る。通常、後者の方が、前者に比べて、より侵害的である。

この点については、*Wurie* において、第一巡回区 Court of Appeals が述べたように、携帯電話の検索には、明確なルール (bright-line rule)²²²が必要である。そのため、検索がどこまで行われたのかに関わりなく、あらゆる携帯電話内のデータの検索が、同じルールによって規律されることが必要であろう。したがって、携帯電話あるいはコンピュータ内のデジタル・データを検索・押収するためには令状を入手しなければならないという明確な線引きは、現場の警察官によっても合理的であろう。

第三の関連判例が *Gant* である。これは、逮捕犯罪に関係する証拠が車内で発見されると思料することが合理的である場合に、逮捕に伴う車両内の検索を許容した事案であった。

政府側は、携帯電話内のデジタル・データの検索に、*Gant* のルールを取り入れることを主張する。すなわち、被逮捕者の携帯電話に、「逮捕に係る犯罪の証拠があると思料することが合理的である場合」には常に、被逮捕者の携帯電話の無令状検索が許容されるべきであると主張する。

しかし、重要であるのは、*Gant* における「逮捕に係る犯罪の証拠があると思料することが合理的である場合」という独立の例外法理が、*Chimel* に端を発するものではなく、「自動

²²⁰ See e.g., *United States v. Finley*, 477 F.3d 250, at 259-60 (5th Cir. 2007); *People v. Diaz*, 244 P.3d 501, at 509 (Cal. 2011); *Hawkins v. State*, 723 S.E.2d 924, at 926 (Ga. 2012).

²²¹ *Supra note* 126, at 397.

²²² bright-line rule (bright-line test とも言われる) は、一律な解釈をするために、客観的要素から構成される。これを適用することで、予測可能で一貫した結論が導かれるというのが、bright-line rule の趣旨である。個々の事案における事情により判断 (case-by-case analysis) する balancing test としばしば対比される。

車という状況に特有の事情」から生じたものであることである。*Gant*において、合衆国最高裁は明確に、その判断を自動車内の検索に限定した。したがって、自動車内の検索という文脈を離れて、この独立の例外を広範に拡張することには慎重でなければならない。

*Gant*が依拠した事案である *Thornton*²²³において、Scalia 裁判官の補足意見が的確に説明したように、そのような特別な事情は、自動車の場合には、「プライバシーの期待が縮減していること」と「法執行の必要性が高まっていること」から導かれる²²⁴。そうであれば、少なくとも、携帯電話内のデジタル・データの検索においても、プライバシーの期待が縮減していること及び法執行の必要性が高まっていることが認められなければならない。しかしながら、既に検討してきたように、携帯電話内のデジタル・データの場合には、いずれの根拠も認められない。ゆえに、携帯電話内のデジタル・データにおいて、*Gant*を適用することはできない。

ここまでの検討により、携帯電話内のデジタル・データに対し、逮捕に伴う検索・押収という例外法理を適用する理論的根拠は認められない。ゆえに、この種の情報を検索するためには、令状を入手しなければならないことになる。

(3) Riley 判決の残した課題

*Riley*によって、携帯電話の内容には、逮捕に伴う検索・押収法理は適用されず、令状が要求されることが一般的に判示された大きな判断といえるが、未だ残された問題がある。それは、クラウド・コンピューティングの扱いである。

*Riley*において法廷意見は、遠隔消去や暗号化、共犯者等による証拠破壊に対して、十分な解決策を与えたとは言い難い。法廷意見は、個々の事案において、そのような恐れがある場合には、令状要件の例外法理が認められる余地があることを示唆している。しかし、今後ますますデジタル化が進むにつれて、何ら個人の第4修正上の権利を保護できない事態が生じ得る。クラウド・コンピューティングやインターネットの利用により、情報のコピーや消去が容易になれば、証拠が破壊される恐れは増す。

*Riley*では、*Chimel*で示された逮捕に伴う検索・押収の正当化根拠が携帯電話の内容について検索・押収する場合には当てはまらないとして、逮捕に伴う検索・押収法理の適用を一般に否定した。しかし、被逮捕者が携帯電話を持っており、クラウド・コンピューティングを利用した証拠破壊の恐れがある場合には、逮捕に伴う検索・押収の正当化根拠の内、証拠破壊を防止する必要性が存在する。さらに問題なのは、携帯電話がクラウド・コンピューティングシステムを利用しているかどうかは、中を見てもわからないということである。しかし、法廷意見も述べるように、今日「ますます多くの携帯電話が、クラウド・コンピューティングを利用するよう設計されている²²⁵」のである。したがって、被逮捕者が携帯

²²³ *Supra note* 132.

²²⁴ *See id.* at 631.

²²⁵ *Supra note* 126, at 397.

電話を所持していた場合には、一般に、クラウド・コンピューティングの利用が考えられ、*Riley* で否定されたはずの証拠破壊の恐れという *Chimel* の根拠の一つが復活することになる。そして、逮捕に伴う捜索・押収を認める根拠の有無は、個々の事案において検討されることは不要だと解されるのであれば、問題はさらに深刻である。携帯電話にクラウド・コンピューティングシステムが搭載されているという事実のみによって、令状要件による規律が意味をなさなくなるという事態は疑問である。

さらに、逮捕に伴う無令状の捜索・押収の文脈を離れて、場所——例えば、住居——に対する捜索・押収令状の発付を受けて、その令状執行によって、携帯電話を発見・押収し、その内容を調べる場合に、別途、携帯電話内のデジタル・データを捜索・押収する令状を入手しなければならないかという問題は、本件の判断によっても明らかにならない。

三. 捜索概念と侵入概念におけるテクノロジーの発達の影響

1. 物理的侵入と非物理的侵入

合衆国における捜索——厳密には“search”——の概念は「侵入」と密接に結びついている。捜査機関による車両への GPS 装置の取付が捜索に当たるとした *Jones* 判決の法廷意見は、「GPS 端末を車両に取り付けることによって、保護された領域に侵入した」と判示しており、「保護された領域への『侵入』」を直接かつ決定的な問題として構成している。したがって、*Jones* における「侵入」の概念は、GPS 端末の車両への装着であり、「物理的侵入」のみを意味したものである。

合衆国において“search”と呼称される処分は、一般に「捜索」と訳され、それゆえに日本における「捜索」と同様の捜査手法が想定される。しかしながら、合衆国における“search”は、我が国においては「捜索」と「検証」とで区別して定義される異なる性質を持つ処分を包含する概念であることに注目する必要がある。

合衆国の先例を整理すると、合衆国における“search”は、①憲法上保護された領域への物理的侵入、②憲法上保護された領域への「非」物理的侵入、③プライバシーの合理的期待の侵害の3類型に分類することができる。これを日本の処分に置き換えてみると、①が「捜索」に該当し、②が「検証」に相当する。そして、③には捜索も検証も含まれ得る。このように整理すると、我が国において GPS 捜査の適法性が問題となった平成 29 年最高裁判決を理解するために参照されることの多い *Jones* 判決は、我が国においては捜索の文脈で問題とされる——上記第 1 の類型——事案である。検証の文脈で問題とされた平成 29 年判決を分析するには必ずしも十分ではなく、“search”の中でも「検証」に相当する——上記第 2 の類型——事案を参照する必要がある。

「非」物理的侵入が“search”に当たると判断された事案に *Kyllo v. United States*²²⁶がある。

²²⁶ *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001). 本件に関する邦語文献として、洲見光男「*Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27, 121 S. Ct. 2038 (2001)——令状によらない熱画像器(温度感知器)の使用が第 4 修正に違反するとされた事例」アメリカ法 2003 年 1 号 204 頁

Kyllo は以下のような事案である。

1991 年、アメリカ合衆国内務省の捜査官は、オレゴン州に所在する申立人 Kyllo の住居においてマリワナが栽培されている旨の嫌疑を持つに至った。屋内でのマリワナ栽培には、通常、高輝度の強力なランプが必要であるため、1992 年 1 月 16 日午前 3 時 20 分、捜査官らは、そのようなランプの使用に見合った熱が申立人の住居から放出されていないかを判断するため、熱画像器 (thermal imager) を使用してアパートの外壁をスキャンした。熱画像器とは、ほぼ全ての物体が発している肉眼では見えない赤外線を検知し、相対的な温かさ——黒に近いほど低温、白に近いほど高温であることを示し、灰色の濃淡で比較される——に基づいて画像に変換して表示するビデオカメラのような装置である。Kyllo の住居のスキャンに要した時間は数分であり、この検査は通りを挟んで停車した捜査官の車の助手席と、住居の裏の通りから実施された。その結果、申立人宅のガレージの屋根と側壁が、住居の他の部分よりも比較的温度が高く、近隣の住居よりもかなり高温であることが判明した。捜査官は、申立人が自宅でマリファナを栽培するためにハロゲンライトを使用していると判断した。情報提供者からもたらされた情報、光熱費の請求書、上記熱画像に基づいて、申立人の住居に対する搜索令状が発付された。これにより搜索を実施した結果、住居内で 100 本以上のマリワナ栽培が行われているのが発見された。申立人は、マリワナ栽培の罪で起訴された。このような事実関係の下、合衆国最高裁の Scalia 裁判官執筆の法廷意見は以下のように述べた。

合衆国憲法第 4 修正は、「何人も身体、住居、文書、及び所持品に対して不合理な搜索及び押収を受けることのない権利は、これを侵してはならない。」と規定している。合衆国憲法第 4 修正の「核心」は、「自分の家に引きこもり、政府による不合理な侵入を受けない権利 (the right of a man to retreat into his own home and there be free from unreasonable governmental intrusion) ²²⁷」にある。若干の例外を除き、住居の無令状搜索は不合理で、ゆえに違法とされる。他方、第 4 修正上の「搜索」が行われたかどうかという、合理性の前に検討すべき問題は、判例上それほど単純に答えが出るものではない。20 世紀に入っても、第 4 修正法理はコモンロー上のトレスパス (不法侵入概念) と結びついていたため、通常の見視による住居の監視の許容性は明確である。「イギリスの法では、目は不法侵入の罪を犯すことができない²²⁸」ため、目視による監視は紛れもなく適法である。その後の事案で、我々

(2003 年)、大野正博「令状によらない熱線画像装置(thermal imager)の使用が合衆国憲法修正 4 条に違反するとされた事例 *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001)」朝日法学論集 31 号 27 頁 (2004 年)、清水真「捜査方法としての遮蔽空間の探知に関する考察」明治大学法科大学院論集 8 号 31 頁 (2010 年)、津村政孝「憲法訴訟研究会(第 145 回)家屋内から発せられる熱を測定する thermal imaging 装置と第 4 修正の『搜索』 [*Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001)]」ジュリスト 1434 号 135 頁 (2011 年)、椎橋隆幸編『米国刑事判例の動向 VII』(中央大学出版部、2020 年) 242 頁〔安井哲章〕。

²²⁷ *Supra note* 45, at 511.

²²⁸ *Supra note* 7, at 628 (quoting *Entick*, *supra note* 7).

は、第4修正上の権利侵害の有無の判断を、財物へのトレスパスから切り離してきたが、無令状で行われる住居の目視での監視が適法であることは変わっていない。「住居に対する第4修正上の保護に基づいて、法執行官憲に対し公道上で住居付近を通り過ぎる際に目を覆うことまで要求したことは一度もない²²⁹。」

本件では、肉眼を超える（more than naked-eye）方法で住居の監視が行われたものである。

公衆電話ボックスや自動車、あるいは住居の隣接部分（curtilage）や露わになっている部分が問題となっている場合は別としても、住居の内部（interior）という、典型的で、それゆえに最も争われる、プライバシーが保護された領域の“search”が問題となる事案については、コモン・ローに深く根差し、合理的なものとして認められている最小限のプライバシーの期待に関する基準がすでにある。感覚増幅技術（senseenhancing technology）を用いて、物理的侵入を伴わなければ得られないであろう、憲法上保護された領域である住居の内部に関する情報を得ることは、合衆国憲法第4修正上の搜索に当たる。少なくとも、本件のように、問題となっている科学技術が一般に使用されていない場合はそうである。このように解することで、第4修正が採択されたときと同程度のプライバシーを保護することができる。この基準に基づけば、本件で用いられた熱画像器によって得られた情報は、搜索の産物である。

政府は、熱画像器は、住居の外表から放出される赤外線を探知するだけであることを理由に、許容されるべきである旨主張する。反対意見も、この点を主要な論点としており、壁の外側（off-the-wall）の観察と、壁を通した監視（through-the-wall）とでは根本的な違いがあるとする。しかし、熱画像器が住居から放出される熱のみを捕捉するのと同様に、強力な指向性マイクも住居から出る音のみを捕捉するし、何キロも離れたところからスキャンできる衛星も住居から発せられる可視光線のみを捕捉する。当合衆国最高裁は、公衆電話ボックスの外側まで届いた音波のみを捕捉する盗聴装置が用いられた *Katz* において、第4修正をこのように機械的に解釈することを否定した。これを覆すと、住居の所有者は、住居内での人のあらゆる行動を把握できる画像技術など、日々進歩する科学技術のなすがままにされてしまう。本件で使用された科学技術はさほど精度の高いものではないが、我々が採用すべきルールは、すでに使用ないし開発過程にある、より高度なシステムを考慮したものでなければならない。

また、政府は、熱画像器は私的領域内で行われる私的な活動を探知しなかったため憲法違反はないと主張し、*Dow Chemical* において当裁判所が、航空写真がいかなる「私的な出来事（intimate details）」も明らかにしていないと判断した旨指摘する²³⁰。しかし、*Dow*

²²⁹ *California v. Ciraolo*, 476 U. S. 207, 213 (1986). 邦語文献として、渥美東洋編『米国刑事判例の動向IV』（中央大学出版部、2012年）439頁〔安富潔〕。

²³⁰ *Dow Chemical Co. v. United States*, 476 U. S. 227, 238 (1986). 邦語文献として、高橋則夫「上空からの写真撮影・肉眼観察と修正4条」判例タイムズ642号70頁（1987）

Chemical は工業団地を航空機から撮影したものであり、第4修正が保障する聖域たる住居に関わった事案ではない。第4修正上における住居の保護が、取得された情報の質又は量によって判断されたことはない。住居内は全て、詮索的な政府の目から保護される場所であるため、そこでの出来事は全て「私的な出来事」と扱われる。

本件のように、政府が一般に使用されていない装置を使用して、以前は物理的侵入を伴わなければ知り得なかった住居の詳細を調べる行為は“search”に当たり、無令状で行われた場合には不合理だと推定される。

熱画像器の使用は違法な搜索であったと判断する。したがって、当該搜索によって得られた証拠を排除しても、本件で発付された搜索令状がなお相当理由に支えられているか否かを審理するため、本件をディストリクト・コートに差し戻す。

Kyllo の合衆国最高裁の法廷意見は以上のように判示した。住居に対する目視での観察は、“search”に当たらないとされてきた²³¹。*Dow Chemical* は、アメリカ合衆国環境保護局 (Environmental Protection Agency) が化学工場への立入検査を拒否されたため、民間の航空写真家を雇い、標準的な測量用航空カメラを使用して、飛行可能エリアにおいて様々な高度から施設の写真を撮影させた事案である。また、*Ciraolo* は、フェンスで囲まれ地上からは見えない被疑者宅の裏庭で大麻が栽培されているとの匿名の電話通報を受けて、マリワナ確認訓練を受けた警察官が自家用飛行機を確保し、被疑者宅から 300 メートルほど上空を飛行し、マリワナが庭に生えていることを容易に確認したという事案である。

捜査手法の観点で、*Kyllo* の事案との関係では、2つのアプローチが考えられる。第一に、「カメラを使用している」という点に共通性を見出す考え方である。第二に、「感覚を増強させる技術を使用している」点を重視する考え方である。*Dow Chemical* では標準的な航空カメラが、*Ciraolo* では警察官の目が用いられており、どちらも対象を肉眼で直接覚知している。他方、*Kyllo* で用いられたのは熱画像を検知する機械であり、本来人間の肉眼では覚知し得ない赤外線を表示させる特殊な機器である²³²。*Kyllo* の法廷意見は第二のアプローチを採用したといえる。これにより、確認対象を肉眼で覚知し得ない場合には *Dow Chemical* 及び *Ciraolo* は先例にならないことになる。

Dow Chemical 及び *Ciraolo* と *Kyllo* の関係では、さらに、検査が「住居の外から行われている」点をどのように評価すべきかという点も問題となる。すなわち、*Dow Chemical* 及び *Ciraolo* が上空から撮影又は視認できたことから分かるように、両事案とも観察対象は住居の外にさらされていた。*Kyllo* もまた公道に停めた自動車から行うというものであり、熱画像器で観察しようとするものを、「住居の外に放出されている熱」と捉えれば、両事案との共通性を見出すことも可能である。しかし、*Kyllo* は、住居内での活動は外部から観察

年)。

²³¹ *See id.* at 234-235, 239.

²³² 安井・前掲注 226) 246 頁。

することができないもので、本件はこれを熱画像器によって把握した事案だと特徴付けることで区別した。ここでは、住居の外で「実施された」ことではなく、住居の外からは「観察できない出来事」である点が重視されている。

Kyllo の法廷意見で *Scalia* 裁判官は、「住居内は典型的な、そしてそれゆえに最も争われる保護されたプライバシー領域である。住居内の“search”の場合は、最小限のプライバシーの期待が存在し、そしてそれが合理的だと認められるのに、コモン・ローに深く根差した基準がすでにある。この最小限の期待の保護を取り消すことは、警察官の用いる科学技術が第4修正によって保障されたプライバシーを侵食することを許すことになる。憲法上保護された領域への物理的な侵入がなければ得られないような住居内部に関する情報を、知覚を拡張する技術によって得ることは、少なくとも問題の技術が一般に使用されていない場合には、捜索に該当する。」と述べている。*Kyllo* は、公道上から住居の外壁を熱画像器でスキャンするという捜査手法を問題とし、住居への立ち入りや接触等の「物理的侵入」を伴わなかった事案であるため、プライバシー・テストに依拠することも可能であった。しかし、法廷意見は、「住居内部」に関する情報であることを重視して、あくまで住居を「聖域」とする伝統的な考え方により判断できるケースだと考えている²³³。ここで、物理的侵入の代替手段として知覚を増強させる機器が使用されていることを指摘しているのは、合衆国憲法第4修正が採用された当時、住居内の情報を取得しようとする場合には物理的に侵入するほかなかったためであり、合衆国憲法採択時のプライバシー保障のレベルを、科学的な監視技術が発達した現代においても維持しようという狙いがうかがえる²³⁴。また、プライバシー・テストの出現により、第4修正により保護される領域を「プライバシーの合理的期待」を基準として決定しようとする、住居であっても必ずしも絶対的に保障されるわけではない。そのため、従来手厚い保護を受けるはずの住居内であっても、プライバシーの合理的期待を求めるという理解²³⁵から距離を取ろうとしたものとも理解できる。

Kyllo は、物理的侵入を伴ってしか取得し得なかった住居内の情報を物理的侵入によらずに取得することを“search”と構成した。プライバシー・テストに依拠せず、住居を聖域とするコモン・ロー上の伝統的な発想から、物理的侵入に代替する知覚増強機器による聖域への「侵入」を問題としている。*Kyllo* では「『憲法上保護された領域へ物理的に侵入』せずに」

²³³ 柳川重規「科学機器・技術を用いた捜索・差押え」現代刑事法 5 巻 5 号 54 頁(2003 年)。大野正博「プライバシーの合理的期待—近時の科学的捜査に関する判例を題材として—」朝日法学論集 36 号 93 頁 (2009 年)は、「プライバシーへの『重大な侵害』はなかったことを前提」とする判断だと述べている。Orin S. Kerr, *The Fourth Amendment and New Technologies: Constitutional Myths and the Case For Caution*, 102 MICH. L. REV. 801, 815 (2004)は、住居内の保護を重視した判断だと述べている。

²³⁴ 柳川・同上 54 頁。

²³⁵ See *supra* note 226, at 49-50 (STEVENS, dissenting). 洲見光男「修正四条の適用判断と『明白な準則』—『捜索』該当性判断を中心として—」三原憲三先生古稀祝賀論文集編集委員会編『三原憲三先生古稀祝賀論文集』717 頁 (成文堂、2003 年)。

と述べられている。そこでは、隣家の壁にスパイク・マイクを刺したことが「憲法上保護された領域への現実的侵入 (actual intrusion) ²³⁶」で“search”に当たるとされた *Silverman* が引かれていることから、*Kyllo* は物理的侵入によらない「侵入」、すなわち「非物理的侵入」を“search”と構成しているのである。

法廷意見は、「住居に対する第4修正の保護が、取得された情報の質又は量と結びつけられたことはない」と述べている。これに関し、*Silverman* では、住居の構造物に対するいかなる物理的侵入 (physical invasion) も、1 インチたりとも、十二分であることが明確にされている²³⁷。これを受けて、*Kyllo* はさらに、「玄関のドアをわずかにこじ開けて、玄関ホールの床に敷かれている全く私的でないラグしか見ていない警察官に対しても、令状要件の例外はない」と明言した²³⁸。したがって、情報の如何を問わず、住居内でのあらゆる活動は合衆国憲法第4修正によって保護される。

ところで、放出されている熱というのは、住居内の出来事ではないようにも考えられる。しかし、捜査機関が住居から発されている熱を検知するのは、住居内でハロゲンランプを使用しているという「出来事」ないし「活動」を知ろうとするものに他ならない。*Kyllo* がこれを「住居内での出来事」であり「私的な出来事」だとしたことは、捜査機関がその捜査手法を通じて知ろうとしている実質的な内容まで考えを及ぼすべきことが示唆されていると考えられる。

また、*Kyllo* はブライト・ライン・ルールの必要性にも気を配っている。すなわち、法廷意見は、*Payton v. New York* を引用して、「合衆国憲法第4修正は、住居への入口に不変の (firm) 境界線を引く²³⁹」と述べた上で、さらに、この境界線が明白なものでなければならぬとも言う。本件熱画像器が、住居の所有者のプライバシーを「著しく」侵害していないと判断することも確かに可能であった中で、合衆国憲法第4修正の本来の趣旨に照らして、長期的な視点で考えなければならないことを明言した²⁴⁰。あまり認識されていないが、この判示は、*Jones* 判決に先立って、第4修正法理がプライバシー・テストのみに依拠しないことを示唆している。ブライト・ライン・ルールの文脈でこのように述べられたことは、プライバシー・テストが、捜査官にとって基準として曖昧であるという、最大の批判を反映している。

四. 第三者法理とモザイク理論

Riley 判決はデジタル・データの特性に目を向け、従来の物理的な証拠物との違いを強調しており、先立つ *Jones* 判決の *Sotomayor* 裁判官の補足意見を引用した。既に見たように、

²³⁶ *Supra* note 45, at 512.

²³⁷ *Id.*

²³⁸ *Supra* note 226, at 37.

²³⁹ *Payton v. New York*, 445 U.S. 573, 590 (1980).

²⁴⁰ *Supra* note 226, at 40.

Jones 判決はトRESPAS・テストに依拠して、車両への GPS の取付が第 4 修正上の捜索・押収に当たると判断された事案であったが、判決に付された Alito 裁判官と Sotomayor 裁判官の補足意見にも注目すべきである。両裁判官のアプローチは法廷意見のそれとは異なり、一連の GPS 捜査に関連するプライバシーに焦点を当てる。いわゆる「モザイク理論」との親和性を持つものである。

これまでの捜索・押収法理は、トRESPAS・テストからプライバシー・テストへと変遷してきた。モザイク理論は、プライバシー・テストとの関わりが強いが、既存の捜索・押収法理に大きな影響を与えるものとなり得る。既に第三者法理については Riley 判決において、見直しの必要があることが示唆されている。

第三者法理は、第三者に対して任意に開示した情報については、合衆国憲法第 4 修正の保護が及ばないとする法理である。これは十分に確立された法理であり、Smith 判決以降、様々な文脈において適用されてきた。

しかしながら、情報通信技術が格段に発達した現代においても、この法理は、当時の姿のままに適用されるものなのか、すなわち、第三者に対し、任意に渡された情報であれば全てが第三者法理の適用を受け、第 4 修正上の保護が及ばないとされて良いのかという懸念が折に触れて増していった。

その一つが電子メールの出現である。いまや電子メールは、手紙に取って代わり、最も一般的な情報通信手段の一つとなっている。電子メールは、契約するプロバイダのサーバーを経由し、相手方に届くという仕組みになっている。第三者たるプロバイダのサーバーを利用する点で、電子メールについても第三者法理を適用すべきかという問題が生じた。これに関連して United States v. Warshak²⁴¹では次のように述べられた。

「電子メールは、手紙や電話に類似するものであり、官憲が、第 4 修正上の手続きを経ずに、民間のインターネットサービスプロバイダに電子メールの内容を開示させることができないのは明らかである。インターネットサービスプロバイダは、電子メールによるコミュニケーションを可能にする仲介者である。電子メールが目的の相手方に届くためには、インターネットサービスプロバイダのサーバーを通さなければならない。それゆえ、インターネットサービスプロバイダは、その機能から、郵便局や電話会社に類するものである。」

これとは対照的に、同種の事案である Rehberg v. Paulk²⁴²において、第 11 巡回区 Court of Appeals は、被疑者には、保管されていた電子メールに対するプライバシーの合理的期待がないという理由から、以下のように述べて被疑者の主張を退けた。

「被告人は第三者に対し任意にメールを送信しているので、その情報についてはプライバシーの権利を任意に放棄したものと見える。被告人の主張は、官憲は、被告人がメッセージを送信した第三者であるインターネットサービスプロバイダに、直接、メールを提出させたというものである。当該メールの情報に対してプライバシーの正当な期待がないた

²⁴¹ United States v. Warshak, 631 F. 3d 266 (6th Cir. 2010).

²⁴² Rehberg v. Paulk, 598 F.3d 1268 (11th Cir. 2010).

め、被告人のインターネット上の記録に対して検索が行われたとはいえない。」

このように、電子メールひとつをとっても、第三者法理の適用を巡っては、裁判所によって見解が分かれている。このことは、特にデジタル社会においては、より、明らかにされる内容に着目し、精緻な分析をしなければ、第三者法理は、明らかにされる情報の性質の違いを無視し、「任意に第三者に渡す」という表面上の行為にのみ着目して全てを簡単に十把一絡げにしてしまう法理と化してしまうことを示している。

この問題に関し、携帯電話の基地局情報の取得について扱った Carpenter 判決が非常に重要な視点を提示している。

1. Carpenter v. United States²⁴³

警察官は一連の強盗事件の被疑者として4人を逮捕した。その内の一人の自白によると、4か月以上前に、犯行グループは他に9件の強盗を行っていた。彼は強盗に加担した15人の共犯者を明らかにし、FBIに彼らの携帯電話番号を教えた。FBIは、自白した被疑者が強盗事件の発生した時間帯に通話していた他の電話番号を割り出すために彼の通話記録を調べた。その情報に依拠して、検察官は、被告人Carpenter及びその他の被疑者数名の携帯電話の記録を取得すべく、Stored Communications Act (SCA) に基づくコートオーダーを請求した。

マジストレイトは、被告人Carpenterの無線通信事業者に対し一連の強盗事件が発生した4か月の間に「Carpenterの携帯電話が受電及び架電した始点と終点の基地局エリア情報」を開示するよう指示する2つのコートオーダーを発した。第一のオーダーはM社から152日間の基地局記録を求めるもので、同社は127日間の記録を提供した。第二のコートオーダーはS社に7日間の基地局情報を要求するもので、同社は被告人の携帯電話がローミングを利用していた期間を含む2日間の記録を提供した。

²⁴³ Carpenter v. United States, 138 S. Ct. 2206 (2018). 邦語文献として、尾崎愛美＝亀井源太郎「基地局位置情報取得捜査と令状の要否—Carpenter v. United States 判決を契機として—」情報法制研究4号15頁(2018年)、海野敦史「強制処分法定主義との関係におけるモザイク理論の功罪とその示唆—監視型情報収集の強制処分への該当性をめぐる判断基準としての役割—」InfoCom review72号47頁(2018年)、柳川重規「海外法律事情 アメリカ刑事法の調査研究(161) Carpenter v. United States, 585 U.S. ___, 138 S.Ct. 2206 (2018)」比較法雑誌53巻3号341頁(2019年)、田中開「『ビッグデータ時代』における位置情報の収集と連邦憲法修正四条」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』433頁(有斐閣、2019年)、「Carpenter v. United States, 585 U.S. ___, 138 S. Ct. 2206 (2018) : 政府による携帯電話の基地局情報の取得が第4修正に違反するとされた事例」アメリカ法2019年2号288頁(2020年)、尾崎愛美「近時の米国におけるモザイク理論の展開(1)」杏林社会科学研究37巻1号38頁(2021年)。

総合すると、政府は 1 万 2898、平均して一日 101 もの、被告人の行動を一覧化する (cataloging) 所在地点を取得した。被告人は 6 件の強盗、及び 6 件の銃器携行の被疑事実で起訴された。

公判に先立ち、被告人は、通信事業者により提供された基地局データについて証拠排除を申し立てたが退けられた。公判において被告人の共犯者 7 人が、彼が犯罪実行の主犯であることを認めた。さらに、FBI 捜査官は基地局データについて専門家証言 (expert testimony) を述べた。曰く、携帯電話が無線ネットワークを利用している間、通信事業者は、基地局及び利用された特定のセクターについて日時の記録されたログを取っている。

この情報に基づき FBI 捜査官は、4 件の起訴された強盗事件が発生した場所の付近に被告人の携帯電話が所在していたことを示した地図を証拠として提出した。被告人は全ての訴因について有罪判決を受けた。

第 6 巡回区 Court of Appeals は、収集された位置情報について、被告人はプライバシーの合理的期待を欠くと判示して原判決を認容した。その判断を導くに当たり、被告人が自己の位置情報を通信事業者と共有したということが理由とされている²⁴⁴。すなわち、携帯電話利用者は「通信を確立する手段」として携帯電話通信事業者に基地局データを任意に伝達していることを踏まえ、その結果として作成される業務記録は第 4 修正上の保護を受けられないと結論付けた²⁴⁵。

Roberts 首席裁判官執筆の法廷意見は以下のように判示した。

本件は、政府が携帯電話利用者の過去の移動状況を全て記録した履歴を取得する場合、合衆国憲法第 4 修正上の搜索に当たるか否かを問うものである。

合衆国憲法第 4 修正の基本的な目的は、「政府当局による恣意的な侵害から個人のプライバシーと安全を保護すること²⁴⁶」である。長年、合衆国憲法第 4 修正法理はコモン・ロー上の不法侵入と結びついており、政府が憲法上保護された領域に物理的に侵入することによって情報を取得したかどうかにより焦点が当てられていたが、財産権が第 4 修正侵害か否かを判断する際の唯一の基準ではないことも認めている。Katz において、当裁判所は「合衆国憲法第 4 修正は場所ではなく、人を保護する²⁴⁷」ことを確立し、一定のプライバシーの期待も同様に保護するよう、第 4 修正の解釈を拡大した。人が何かを私的な状態に保つことを望み、かつ、それが、社会が合理的だと認められるような期待である場合、その私的な領域に官憲が侵入することは一般に搜索に当たり、相当理由に裏付けられた令状が必要である。

²⁴⁴ *Id.* at 2213.

²⁴⁵ *Id.*

²⁴⁶ *Camara v. Municipal Court of City and County of San Francisco*, 387 U.S. 523, 528 (1967).

²⁴⁷ *Supra note 72*, at 351.

どのようなプライバシーの期待が保護されるかを明確に判断する単一の基準はないが、その分析は、「(合衆国憲法第4修正が) 採択されたときに、不合理な搜索又は押収と考えられていたもの²⁴⁸」という歴史的な理解から行われる。この点に関して、判例から、いくつかの基本となる指標を見つけている。第一に、合衆国憲法第4修正は、「恣意的な権力」の行使から「私生活のプライバシー (the privacies of life)」を守るものだということである²⁴⁹。第二に、それに関連して、「広く行われる警察官の監視活動に障壁を設けること」が憲法制定者の中心的な狙いであったということである²⁵⁰。

今日、我々が直面している問題は、携帯電話信号の記録を通じて個人の過去の移動を集積 (chronicle) できるという新しい事象に、合衆国憲法第4修正をどのように適用すべきかということである。

当裁判所は、*Smith* と *Miller* を拡張して、このような新しい状況まで射程を及ぼすことを否定する。携帯電話の位置情報に特有の性質を考慮すると、その種の情報を第三者が保持しているという事実は、それだけで利用者の第4修正上の権利を奪うものではない。政府が *Jones* のように独自の監視技術を用いようが、通信事業者の技術を利用しようが、基地局情報を通じて取得される移動記録について、人は、プライバシーの正当な期待を有する。無線通信事業者から取得した本件位置情報は、搜索の産物である。

公の領域 (public sphere) に足を踏み入れることで、合衆国憲法第4修正上の全ての保護が失われるわけではない。反対に、「(人が) 私的に保とうとするものは、公衆がアクセスし得る領域においても、憲法上保護される場合がある²⁵¹」。合衆国最高裁の多数の裁判官は、人が移動の全体に対してプライバシーの合理的期待を有するということをすでに認めている²⁵²。デジタル化時代以前は、被疑者を短期間追跡することはあっても、長期間追跡することは困難でコストもかかるため、ほとんど行われていなかった。そのため、「社会の期待としては、法執行機関や他の者が、非常に長期間にわたって、個人の車両に関するありとあらゆる移動状況 (every single movement) を秘密裏に監視し、記録する (catalogue) ことはない—事実、ほとんどの場合、不可能であった—と考えられてきた²⁵³」。

政府に携帯電話基地局の記録の取得を許すことは、この社会の期待に反する。こうした記録は商業目的で作成されるが、だからといって *Carpenter* の所在に対するプライバシーの期待 (anticipation) を否定するものではない。携帯電話の位置情報を127日に渡ってマッピングすると、携帯電話所持者のありとあらゆる居場所の記録になる。

携帯電話基地局の記録は、GPSによる自動車の監視におけるよりも、プライバシーに

²⁴⁸ *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132, 149 (1925).

²⁴⁹ *Supra note 7*, at 630.

²⁵⁰ *United States v. Di Re*, 332 U.S. 581, 595 (1948).

²⁵¹ *Supra note 72*, at 351-352.

²⁵² *Supra note 170*, at 430 (ALITO concurring); at 415 (SOTOMAYOR concurring).

²⁵³ *Id.* at 430 (ALITO concurring).

関する重大な懸念を生じさせる。携帯電話は（その携帯性から）、「身体に密着している特徴を有する²⁵⁴」ため、その所有者の移動をほぼ正確に追跡することが可能である。したがって、政府が携帯電話の位置を追跡する場合、あたかも携帯電話使用者の足首にモニターを取り付けたかのように、ほぼ完全な監視が達成される。

しかも、このデータは過去に遡って確認するものであるため、通常では知り得ない種類の情報を取得することができる。かつては、人の移動状況を復元しようとしても、記録の少なさと記憶の脆弱さによる限界があった。それが今では、基地局情報記録を取得すれば、無線通信事業者の記録保持ポリシーの下、最大 5 年間、過去に遡って個人の所在をたどることができる。重要なのは、位置情報の記録は、捜査対象となる可能性のある人物に限られず、アメリカ合衆国内に存在する 4 億台もの端末全てについて継続的に行われているため、この新しい追跡手法は全ての者に及び得るということである。

政府が無線通信事業者を通じて基地局情報記録を取得したとき、Carpenter の移動全体に対するプライバシーの合理的期待が侵害されたものである。

これに対し、政府（及び本件反対意見）の見解は、携帯電話の基地局情報記録は、無線通信事業者によって作成され保管される「業務記録」に該当し、第三者法理が適用されるというものである。しかし、このような立場は、Carpenter に限らず全ての人の位置情報を、短期間ではなく、何年にもわたって追跡することを可能にしたデジタル技術の激変に対処できていない。

本件は、「電話の使用」や特定の時間における人の移動に関わる事案ではなく、数年にわたり、毎日、毎瞬間、その人の所在を詳細に記録したという事案である。このような記録は、*Smith* や *Miller* で考慮されたものをはるかに超える重大なプライバシーの問題を示している。*Smith* と *Miller* の基地局情報記録の取得への適用を否定する。政府が携帯電話の基地局情報記録を取得することは、合衆国憲法第 4 修正にいう搜索に当たる。

基地局情報記録の取得が搜索に当たるのであれば、一般に、そのような記録を取得する前に、相当理由に裏付けられた令状を入手しなければならない。搜索の適法性の究極的な基準は「合理性」であるが、無令状での搜索は、法執行官権が犯罪の証拠を発見するためにこれを行う場合、一般的に不合理であることが判例により確立されている。そのため、「令状を欠く場合、令状要件に対する特別の例外に当たる場合にのみ合理的とされる²⁵⁵」。

一般に、政府が携帯電話の基地局情報を取得するためには令状を必要とするが、特定の状況下では無令状で搜索することが許される場合もある。よく認識されているものとして、事情の緊急性から法執行の必要性が非常に強く、無令状での搜索がやむを得ないものであることが客観的に見て第 4 修正上合理的と思料される場合に適用される例外がある。このような緊急性には、逃亡中の被疑者を追跡する必要性や、差し迫った危険にさらされている者の保護又は差し迫った証拠破壊を防止する必要性が含まれる。本判決は、たとえば爆破予告

²⁵⁴ *Supra note* 183, at 385.

²⁵⁵ *Id.* at 382.

や銃撃の発生、児童誘拐などが関わる状況下で、無令状での携帯電話基地局情報の取得をなし得ることまで疑問視するものではない、と。

基地局情報の法的性質を巡り、アメリカ合衆国では既に複数の裁判例が存在した²⁵⁶。Court of Appeals レベルで初めて基地局情報捜査について扱った *In re Application of U.S. for an Order Directing a Provider of Elec. Commc'n Serv. To Disclose Records to Gov't* において、SCA の § 2703(d) に基づき基地局情報の取得が可能であること、そして同条の要件として求められる証明の程度は令状で要求される相当理由よりも低いという判断が示された²⁵⁷。これを皮切りに、各地の Court of Appeals で同様の判断がなされ、基地局情報は第 4 修正上の保護を受けないという裁判実務が集積しつつあった。

このような判断が統一的になされていた中で、合衆国最高裁レベルで初めて基地局情報の法的性質が問題として取り上げられるに至ったのが本件である。Carpenter 判決において Roberts 首席裁判官執筆の法廷意見は、基地局情報の取得が捜索・押収に当たるかどうかの判断の前提として、基地局情報に第三者法理の発想が及ぶか否かを検討しているが、その分析は 2 つのテーマで構成されている。第一に取得される情報の質について、第二に任意の提供(voluntary exposure)という行為についてである。

まず、第一のテーマについて見る。*Smith* は、第三者法理を確立した判例だと理解されるが、*Smith* の判示から読み取ることのできる第三者法理の正当化根拠のひとつは、取得される情報が限定されているということである。*Smith* は *Katz* と同様に「電話」に関する事案であったところ、ペン・レジスタを使用する捜査手法について、*Katz* をそのまま適用することを否定した。*Katz* において用いられた機器は、通話の一方当事者の音声を聴き取るものであり、一方話者の音声から会話の内容を網羅的に捕捉することが可能である。他方、*Smith* で用いられたペン・レジスタは架電された電話番号を記録するものであり、ペン・レジスタによっては会話の内容はおろか実際に架電が果たされたかどうかさえ知ることができない²⁵⁸。*Smith* が *Katz* において定式化されたプライバシーの期待を否定したのは、ペン・レジスタがこのような「限定された機能」しか持っていないことを理由としている²⁵⁹。機能は、取得され得る情報に直結する。*Katz* と *Smith* とでは取得可能な情報の質及び量に大きな違いがあり、ペン・レジスタによって取得できる情報は限られた種類のものであると

²⁵⁶ See *In re Application of U.S. for an Order Directing a Provider of Elec. Commc'n Serv. To Disclose Records to Gov't*, 620 F.3d 304 (3d Cir. 2010); *In re Application of the U.S. for Historical Cell Site Data*, 724 F.3d 600 (5th Cir. 2013); *U.S. v. Davis*, 785 F.3d 498 (11th Cir. 2015); *U.S. v. Carpenter*, 819 F.3d 880 (6th Cir.2016); *U.S. v. Graham*, 824 F.3d 421 (4th Cir. 2016); *U.S. v. Thompson*, 866 F.3d 1149 (10th Cir. 2017).

²⁵⁷ *In re Application of U.S. for an Order Directing a Provider of Elec. Commc'n Serv. To Disclose Records to Gov't*, 620 F.3d 304, 313 (3d Cir. 2010).

²⁵⁸ *Supra note* 166, at 741.

²⁵⁹ *Id.* at 741-742.

ということが *Smith* の判断の要ともいえる。*Smith* はペン・レジスタによって把握される情報が「限られている」ことに依拠した上で、*Miller* で示された第三者法理を確認したものである。そのため、第三者法理の正当化根拠の一部は、取得される情報が限られていることに求められる。言い換えれば、把握される情報が限られていなければ、第三者に対する任意の提供という行為があってもプライバシーの問題が生じ得る。

では、基地局情報によって取得され得る情報はどうか。我々が携帯電話を使って電話やメール、インターネットをはじめとする電気通信を利用する際、その都度、最も近くに所在する基地局が使用される。また、携帯電話は、異なる基地局エリアに移動しても通信を継続させ、着受信を効率的に行うために常に基地局と通信し、端末の位置情報を常時通信事業者に知らせている²⁶⁰。これらを基地局に係る位置情報（以下、単に「基地局情報」）と呼ぶ。

通信事業者により収集保管された基地局情報を捜査機関が利用することは、対象となった携帯電話所有者の大まかな居場所を特定することを可能にする。加えて、基地局情報は、どの基地局を使用したかという位置的情報だけでなく、いつ使用したかという時的情報も含む。そのため対象となる携帯電話が、何時何分に X 地点にいて、○分後には Y 地点に移動しているということ、あるいは特定の地点にどのくらいの時間滞在したかを知ることができる²⁶¹。それゆえ、基地局情報は犯罪捜査において、被疑者の足取りを裏付けるのに有用な証拠となり得る²⁶²。

こうした基地局情報の取得によって、携帯電話の電波が通信した記録を通して人の過去の移動状況を把握し得る。この事象がプライバシーとの関係でどのように位置づけられるかを分析するために、*Carpenter* の法廷意見は *United States v. Jones* を参照している。*Jones* において Scalia 裁判官執筆の法廷意見は、車両という私的財産に端末を取り付けるという行為に着目し、端的にトレスパス法理に基づいて捜索・押収と構成したが、Alito 裁判官と Sotomayor 裁判官の各補足意見は、GPS 捜査によって侵害されるプライバシーの期待という観点からの分析を試みている。*Jones* の法廷意見も、トレスパスなく、電子信号を発信するだけという事案においてはプライバシー・テストに依拠することを認めているが²⁶³、少なくとも従来トレスパス法理によって判断できる事案であったためプライバシーとの関係では主として補足意見が参照される。

Carpenter の法廷意見は、携帯電話の位置情報について、GPS による車両の追跡と同様に詳細(detailed)かつ網羅的(encyclopedic)であると性質付け、人の過去の移動状況が把握され

²⁶⁰ 中嶋信生＝有田武美『携帯電話はなぜつながるのか』27頁（日経BP社、2007年）。

²⁶¹ Susan Freiwald, *Cell Phone Location Data and the Fourth Amendment: A Question of Law, Not Fact*, 70 MD. L. REV. 681, 702 (2011); Justin Hill, *Digital Technology and Analog Law: Cellular Location Data, the Third-Party Doctrine, and the Law's Need to Evolve*, 51 U. RICH. L. REV. 773, 785 (2017).

²⁶² Christian Bennardo, *The Fourth Amendment, CSLI Tracking, and the Mosaic Theory*, 85 FORDHAM L. REV. 2385, 2387 (2017).

²⁶³ *Supra note* 170, at 411.

得る基地局情報の取得は、その大部分において、*Jones* で検討された GPS による監視と質的に共通する旨述べる²⁶⁴。このような理解を前提とすれば、基地局記録は、人の移動についての詳細かつ包括的な記録であって、「限られた情報」の取得である *Smith* とは質的に異なる²⁶⁵。第三者法理にはその客観的側面として情報の質による適用の限界があり、基地局情報の取得は第三者法理の適用範囲の外に位置する捜査手法であると整理される。

次に第二のテーマについて見る。*United States v. Miller* では電話会社に伝達された架電番号記録についてプライバシーの期待が否定された²⁶⁶。そこでは、被告人が銀行という第三者に対し、自己に関する情報を「任意に提供」したことが根拠とされ、第三者に任意に提供した情報については第 4 修正上の保護が及ばないとする第三者法理が示された。また、*Smith v. Maryland* も *Miller* を確認しつつ、同時に第一のテーマのところで述べたように、取得される情報による第三者法理の適用の限定を示唆した。第三者法理は、捜査官ないし協力者がその身分を秘して被疑者に接近し、情報を聞き出す捜査手法（シークレット・エージェント法理）に由来する²⁶⁷。その背後には危険負担の発想が支えとして存在することは、第一章において既に分析した通りである。すなわち、第三者に任意に情報を提供する者は、相手方によってその情報が捜査機関にリークされ得る危険を負担している。任意に提供するという行為は、個人に関する情報を内密に保っておこうとする意思（プライバシーの期待）が減少していることを意味する。

Carpenter の法廷意見は、基地局情報の場合、利用者には第三者法理を適用する前提としての危険の負担を欠くと考えている。法廷意見も指摘するように、携帯電話の電源さえ入れていれば基地局情報は自動的に収集され、利用者による何らかの積極的な行為は不要であることから、位置情報についてプライバシーの期待が減少していることを示す何らかの行為がない²⁶⁸。そして、仮に、携帯電話の契約又は使用自体が、プライバシーの期待の減少を示す行為であると捉えても、携帯電話は現代社会において生活する上で必要不可欠な存在であって、位置情報を収集させないためにネットワーク接続を切っておくという方法も現実的ではなく、結果として基地局情報の収集を許す以外の選択肢がないため、「任意に」提供されているとも言い難いのである²⁶⁹。

²⁶⁴ *Supra note 243*, at 2216.

²⁶⁵ *Id.*; Michael T.E. Kalis, *Ill Suited to the Digital Age: Fourth Amendment Exceptions and Cell Site Location Information Surveillance*, 13 PITT. J. TECH. L. & POL'Y 1, 11 (2013).

²⁶⁶ *Supra note 163*, at 443.

²⁶⁷ *See supra note 72*, at 351. Rebecca Lipman, *The Third Party Exception: Reshaping an Imperfect Doctrine for the Digital Age*, 8 HARV. L. & POL'Y REV. 471, 473 (2014).

²⁶⁸ Hill, *supra note 261*, at 819.

²⁶⁹ *See supra note 243*, at 2220. 州最高裁レベルでも同旨のことが指摘されていた。See *State of New Jersey v. Earls*, 214 N.J. 564, 584 (N.J. 2013). See Bennardo, *supra note 262*, at 2403. 海野敦史『通信の自由と通信の秘密——ネットワーク社会における再構成』260頁（尚学社、2018年）。

適法な逮捕に伴う捜索により発見された携帯電話について、その内部のデータまで無令状で調べることが許されるかという問題を扱った *Riley* では、「プライバシーの期待が縮減しているという事実は、第 4 修正の射程から完全に外れるということの意味するものではない」と判示されている²⁷⁰。*Riley* は逮捕に伴う無令状捜索の事案ではあるが、この部分の説示は、プライバシーが縮減する一局面として逮捕を例にとったものである。*Carpenter* の法廷意見が *Riley* の上記説示を引用した上で、第三者法理の正当化根拠について、プライバシーが縮減していることにも基づくと述べていることは、本件法廷意見は「プライバシーに関する問題が十分に深刻である場合には、プライバシーの期待が縮減していてもなお令状を必要とする²⁷¹」ことが本件においても妥当することを示唆するものである。そうすると、携帯電話の基地局に係る位置情報について、プライバシーの期待が縮減していることを前提としても、なおプライバシーの問題が深刻であれば第 4 修正によって保護される。

では基地局情報の取得に関わるプライバシーの問題はいかほどであるか。この点、第一のテーマに関連して述べた通り、基地局情報によって把握される位置情報は詳細かつ網羅的であって GPS による追跡と同様である。しかし、法廷意見の分析はそれだけにとどまらない。「携帯電話の基地局記録には、*Jones* で検討した GPS による車両の監視よりも大きなプライバシーの問題がある。車と異なり、携帯電話は、所有者の移動をほぼ正確に追跡する。車両を使わない日はあっても、携帯電話は常に所持している。携帯電話は、その所有者と共に、公道だけでなく、個人の邸宅、医院、政党本部、その他の場所について行く」と述べて、携帯電話に特有の「密着」性にまで目を向ける²⁷²。

法廷意見は、携帯電話特有の上記性質に照らし、「携帯電話の所在を追跡する場合、まるで携帯電話利用者の足首に監視装置を装着するように、限りなく完全に近い監視が行われる²⁷³」ことを指摘している。

このような理解を踏まえると、基地局情報の取得に関わるプライバシーの問題は著しいものである。*Carpenter* の法廷意見が「*Smith* や *Miller* で問題となったような限られた種類の個人情報と、通信事業者によって普段から収集されている位置情報の『年代記』ともいえる膨大な記録とでは、雲泥の差がある²⁷⁴」と述べるほど、基地局情報に関するプライバシーの問題は深刻なのである。そうすると、携帯電話利用者は携帯電話の契約又は利用という行為によって、基地局を通じて把握される位置情報についてのプライバシーの期待が縮減しているとしても、なおプライバシーの問題は深刻である。したがって、そのような基地局情報は第 4 修正による保護が及び、これを取得するためには令状の発付を受けな

²⁷⁰ *Supra* note 126, at 392.

²⁷¹ *Id.*

²⁷² *Supra* note 243, at 2218.

²⁷³ *Id.*

²⁷⁴ *Id.* at 2219.

ればならないと結論付けられるのである。

2. モザイク理論に関する考察

(1) Sotomayor 裁判官及び Alito 裁判官が示した考え方

Carpenter 判決は、位置情報の問題を、プライバシーの合理的期待の有無の問題として正面から捉え、「移動の全体」に対するプライバシーの合理的な期待を法廷意見として初めて認めた判断である²⁷⁵。法廷意見は、その判示の大部分を Jones 判決の Sotomayor 裁判官と Alito 裁判官の補足（結論賛成）意見に依拠しているが、両裁判官の意見はいわゆる「モザイク理論」に親和性があると理解されている。そのため、Carpenter 判決はモザイク理論を採用したとの評価が見られる²⁷⁶。しかしながら、合衆国最高裁が本当にモザイク理論を採用したと見るべきか、また、そうであるとしてそれは適切であるかという問題については、なお慎重な分析を要する。

まず、Jones における Sotomayor 裁判官と Alito 裁判官の意見において関連する部分を見る。Sotomayor 裁判官の意見をまとめると以下のようになる。

今や多くの監視形態において物理的侵入を必要としない。政府は、備え付け又は所有者が後から取り付けた車両追跡装置を利用して、あるいは GPS 搭載のスマートフォンを利用することによっても、本件で警察官が行ったような監視状況を再現することが可能になっている。ほとんどの犯罪捜査において長期間にわたる GPS による監視は、プライバシーの期待を侵害する。また、短期間の監視であっても、GPS 監視特有の性質から、特に注意が必要である。GPS 監視は、公道上の移動状況につき精確かつ包括的な記録を生成し、これによって、人の家族、政治、職業、宗教、性的な交友関係といった内容に関して多くの事柄が判明し得る。公の空間における行動の総和にプライバシーを期待する社会的な合理性があるかどうかを考えると、GPS 監視のこれらの特性を考慮する。人々が、自分の行動が記録され、政府が多かれ少なかれ自分の政治的、宗教的信条、性的な習慣などを把握できるような方法で集約されることを合理的に期待しているかどうかを問う。政府は、このような記録を保管しておいて、数年後、必要に応じて引き出してくることができる。GPS 監視は従来の監視技術に比べ低コストで、しかも秘密裏に進められるため、濫用的な法執行を規律する通常のチェックをかいぐる。政府に監視されているかもしれないという意識は、結社の自由、表現の自由を萎縮させる。また、人の私的な側面を明らかにするようなデータを無制約に収集できる権限は濫用されやすい。その結果として、民主主義社会にとって好ましくない方法で市民と政府の関係性を変えてしまう可能性がある、と。

Sotomayor 裁判官は、記録を収集することだけでなく、政府が後から無制約に確認することができる方法で情報が集積されることを問題視している²⁷⁷。その主たる懸念は、濫用的な

²⁷⁵ 柳川・前掲注 243) 354 頁。

²⁷⁶ 同上。

²⁷⁷ Orin S. Kerr, *The Mosaic Theory of the Fourth Amendment*, 111 MICH. L. REV. 311, 328

法執行を抑制する手立てがないことである。個人の私的な事柄を好き勝手に把握できるような大量の情報を収集する行為か否かで搜索該当性を判断する考え方だと整理することができる²⁷⁸。

Alito 裁判官の意見（Ginsburg 裁判官、Breyer 裁判官、Kagan 裁判官参加）は大要次のようにまとめられる。

Katz が、搜索該当性とトレスパスとを結びつける古いアプローチを廃止した今、裁判所が重要視するのは、問題となっている行為が「(被告人が) 公衆電話ボックスを使用している間依拠したことが正当といえるプライバシーを侵害したかどうか」である。近年、人の移動を監視することができる新しいデバイスが続々と登場している。携帯電話をはじめとする各種無線通信機器を通じて、無線通信事業者が利用者の居場所 (location) を追跡・記録できるようになった。旧来の携帯電話は、位置情報の精度は電波塔の密度に依存するが、GPS を搭載した新しいスマートフォンは、より精度の高い追跡が可能である。コンピュータが誕生する以前は、従来型の監視を長期間にわたって行うことは難しく、コストもかかるため、ほとんど行われていなかった。本事案で問題となった監視手法は、自動車の位置情報を 4 週間にわたって常時監視するというもので、これを従来の監視手法で行おうとすると、大規模な捜査チーム、大量の自動車、場合によっては航空機の支援も必要という、非常に大規模かつ高コストな捜査になっただろう。しかし、本件で用いられたような機器は、比較的容易、かつ低コストで長期間の監視を行わせることを可能にする。捜査目的での GPS 追跡技術の使用を規制する法が制定されていないため、既存の第 4 修正法理を適用し、本件 GPS 装置の使用が、合理的な人間であれば予期しなかったといえる程度の権利侵害があるかどうかを問う。ほとんどの犯罪捜査において、長期間にわたり GPS により監視を行うことは、プライバシーの期待を侵害する。このような犯罪の場合、法執行官権や他の者が、非常に長期間にわたって個人の自動車のあらゆる移動を秘密裏に監視し、記録するというのではないだろうというのが社会の期待であった。ある一定期間の GPS 監視が合衆国憲法第 4 修正上の搜索に当たるとするのに十分な期間であるかどうか不明な場合には、警察官はいつでも令状を請求できる、と。

Alito 裁判官の考え方によれば、特定の犯罪の捜査において用いられる手法が以前からあったものかどうかを重視し、市民を「驚愕させるか」否かに焦点を当てるものである²⁷⁹。以前から利用されていた手法であれば不意打ち的ではないため、社会の期待を超えるものではない。他方、全く新しい性質のものであるならば不意打ち的であって、社会の期待を超え

(2012). *See also* United States v. Jones, 565 U.S. 400, 416 (2012) (SOTOMAYOR concurring).

²⁷⁸ Kerr, *Id.*

²⁷⁹ *Id.* *See also supra* note 170, at 430 (ALITO concurring).

てしまうため捜索に当たるといえる考えがなされていると分析できる²⁸⁰。

(2) D.C. Circuit のアプローチ

Jones 判決における Alito 裁判官の見解では、Circuit Court の判断である *United States v. Maynard*²⁸¹において示された Douglas Ginsburg 裁判官（合衆国最高裁の故 Ruth Bader Ginsburg 裁判官との混同を避けるために、以下では、「D. Ginsburg 裁判官」とする。）の考えが強調されている。*Jones* を上告審とするのが *Maynard* であり、合衆国憲法第 4 修正に関する裁判例においてはじめてモザイク理論を採用したものと理解されている²⁸²。

政府は、本件について、「公道上を自動車で移動する者は、ある場所から別の場所への移動に対してプライバシーの合理的期待を有しない²⁸³」という *Knotts* 判決²⁸⁴が先例となると主張した。しかし、*Knotts* におけるように、ビーパーの使用によって判明する情報は、個々の外出時の移動（movements during a discrete journey）という限られたものであり、本件で問題となったような、より包括的・継続的な監視とは明確に区別される。「将来、地引網型（dragnet type）の法執行が行われる場合には、異なる憲法原則が適用され得る²⁸⁵」ことは *Knotts* 判決自体が示唆している。

D.C. Circuit において D. Ginsburg 裁判官は、*Knotts* は「公道上を自動車で移動する者は、ある場所から別の場所への移動に対してプライバシーの合理的期待を有しない」としただけで、公道上を移動する者は移動に対していかなるプライバシーの合理的期待をも有することはないとして、政府はそのような情報を取得できるとは述べていないと整理し、*Knotts* が先例にならないことを明確に示した。GPS 装置は、「ある場所から別の場所への移動」を追跡するためではなく、24 時間の追跡を継続的に行い、対象者の移動の全体と行動パターンを把握するために用いられていると特徴付け、本件を長期間の監視の問題と位置付けた²⁸⁶。

このような理解を示した上で、プライバシーの合理的期待の有無に関する検討へと入る。D. Ginsburg 裁判官は、GPS による監視が提起する問題の核心は、このような手法で収集した情報が公にさらされる可能性にあると考えている²⁸⁷。すなわち、「D. Ginsburg 裁判官は、1 ヶ月間の移動の全体というものは、一度の旅行中の移動とは異なり、誰かがそれらの移動の全てを観察することは事実上あり得ないため、そのような情報が公の目にさらされ

²⁸⁰ *Id.*

²⁸¹ *United States v. Maynard*, 615 F.3d 544 (D.C. Cir. 2010). Jones がナイトクラブのオーナーで、Maynard がそのマネージャーであった。

²⁸² 尾崎・前掲注 243) 38 頁。

²⁸³ *Supra note* 174, at 281.

²⁸⁴ *Supra note* 174.

²⁸⁵ *Id.* at 284.

²⁸⁶ *Supra note* 281, at 558.

²⁸⁷ *Id.* See Kerr, *supra note* 277, at 324.

ることではないこと、移動の全体は、個々の移動状況の総和よりも多くの事柄を明らかにするため、個々の移動状況が公の目にさらされ得るとしても、移動の全体が積極的に公の目にさらされることはない²⁸⁸」という2点を論拠に、本件で警察官が取得した情報——1ヶ月間の移動の全体——は公の目にさらされているものではない旨説示する。長期間のGPSによる監視によって把握される移動状況を全て——網羅的に——観察するということが事実上あり得ないのは、GPS装置による記録は、我々が住所などで場所を同定するような粒度ではなく、時々刻々と移動するポイントを非常に高い粒度で数値（緯度・経度）として捉える「データ」であるからである。

D. Ginsburg 裁判官は、長期間（28日間）にわたる監視で取得された情報の「総体、集合体（collective entity）」というものを別途想定し、これを強調する。彼の判示において重要な点は、短時間の監視と長期間の監視が「量的にも質的にも異なる」ものだという指摘である。短時間の監視と長期間の監視で、取得される情報の量が異なることは分かりやすい。GPSによる2日間の監視が4日間になれば、取得される位置データの量は単純計算で2倍になるからである。重要なのは質的な差異である。1ヶ月間の移動の全体は、それを構成する個々の移動に関する情報を寄せ集めただけのものとは異なる。パズルの1ピースに過ぎないものが、大量に組み合わせることで1枚の絵を描き出すように、移動に関する個々の断片情報もまた、組み合わせることで人の私生活の全体という、短期間の監視では明らかにならない種類の情報を明らかにする²⁸⁹。2日間のGPS監視によって判明する事柄と、1ヶ月間のGPS監視によって判明する事柄は、その性質・種類において違いがあるのである。

これは、個々の情報が公にさらされ得るか否に注目するのではなく、全体として考えたときに、28日間にわたるGPS監視の全体像が公にさらされるかどうかを考慮する点で、これまでの第4修正法理の基本的な分析方法とは異なる視座に基づくものといえる。

(3) 既存の第4修正法理における段階的アプローチ

長期間にわたるGPSによる監視がはらむプライバシーの懸念という観点では、従来の捜索・押収法理におけるプライバシー・テストが強く関わる。1967年のKatz判決におけるHarlan裁判官の補足意見から生じた「プライバシーの合理的期待」は、その後の事案において捜索該当性判断の基準としての地位を確立していった。政府による、住居²⁹⁰、車両²⁹¹、小包²⁹²、ポケット²⁹³といった、私的で閉じられた場所を暴く行為があるとき、プライバシーの合理的期待が侵害される。そのような私的な場所への侵入によって、その内容が明

²⁸⁸ *Supra note 281*, at 558.

²⁸⁹ *Id.* at 562.

²⁹⁰ *Supra note 45*.

²⁹¹ *United States v. Ross*, 456 U.S. 798 (1982).

²⁹² *United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984).

²⁹³ *Minnesota v. Dickerson*, 508 U.S. 366 (1993).

らかにされた時点で捜索が行われたと理解される²⁹⁴。

他方で、外部を観察する行為、すでに公にさらされているものを観察したり、誰もが利用できる公共の空間で観察するといった行為は、プライバシーの合理的期待を侵害しない²⁹⁵。政府が私的な空間の外に留まっており、かつ、内部に関する情報を取得しない限り、捜索には当たらない。したがって、プライバシーの合理的期待という基準——プライバシー・テスト——は、捜索該当性判断において、政府の目が内部まで及んでいるか、それとも外部にとどまっているかを明確に区別する²⁹⁶。

内と外の区別は、トRESPAS・テストにも共通する。合衆国憲法第4修正が採択された当時には、洗練された科学技術を想像することもできなかったために物理的侵入を規律すれば足りたことから、第4修正により保護された特定の領域への侵入を規律するためにトRESPAS・テストが用いられていた。そして、物理的侵入を伴わなければ取得できなかったはずの、憲法上保護された領域内の情報を、科学技術を利用することで物理的侵入を伴わずに取得することは第4修正上の捜索に当たると変化したこと²⁹⁷は既に見た通りである。物理的か非物理的かにかかわらず、「侵入」という概念は内か外かという区別を前提とする。

捜査において、捜査官は住居等を捜索して、そこで発見された証拠の押収を行う。この作業は数時間かけて進行するものであるが、捜索が行われたといえるか否かの判断は、個々の手続の段階ごとに行われる。例えば、警察官が住居のドアに鍵を差し込み、ドアを開けて中に立ち上がったという場合、裁判所は、鍵を差し込む行為について検討した後に、ドアを開ける行為を別個に分析する²⁹⁸。アパート内で高価なステレオ機器を発見した警察官が、ステレオを動かしてシリアルナンバーを確認し、これを記録したという場合、裁判所は、ステレオの移動と、シリアルナンバーの記録とを別個の行為として扱う²⁹⁹。警察官が強盗を行おうとしている被疑者を発見し、これを停止させ、武器がないかパットダウンを行ったという場合、裁判所は、発見、停止、パットダウンをそれぞれ別個の行為として分析される³⁰⁰。

このように、特にプライバシー侵害の判断においては、捜査機関による捜査活動のスナップ写真を撮って逐次的に評価するような「段階的アプローチ (sequential approach)」とも呼ぶべき判断方法が採用されてきた³⁰¹。

プライバシー・テストと対置されることの多いトRESPAS・テストにおいても、根底には段階的アプローチがある。Jones 判決において見直されたトRESPAS・テストによれば、

²⁹⁴ 例えば *Kyllo v. United States* は、赤外線カメラによって、住居の「内部」に関する情報を取得した点を強調している。See *supra* note 226.

²⁹⁵ E.g., *Knotts*, *supra* note 174.

²⁹⁶ *Supra* note 277, at 316.

²⁹⁷ See *Kyllo*, *supra* note 226.

²⁹⁸ *United States v. Moses*, 540 F.3d 263, 272 (4th Cir. 2008).

²⁹⁹ *Arizona v. Hicks*, 480 U.S. 321, 324-25 (1987).

³⁰⁰ See *Terry*, *supra* note 142.

³⁰¹ *Supra* note 277, at 317.

トRESPASが行われた時点で捜索が行われたとする。そこでは、政府の活動をコマごとに分析して、どの時点でトRESPASといえる行為があったかを問うことになるため、段階的アプローチが前提となっていることがわかる。このように、段階的アプローチは、既存の捜索・押収法理の基礎を形成している³⁰²。

このような視点で見ると、対立的に論じられる傾向にあるトRESPAS・テストとプライヴァシー・テストは、段階的アプローチに基づく点では共通している。これらは、侵害される利益のどこに重点をおくかという点で違いがあり、その差異はテクノロジーの発展に依るところが大きい。しかし、プライヴァシー・テストに親和性があると理解されることの多いモザイク理論は、実はプラヴァシー・テストがこれまで依拠してきたアプローチから大きく離れるものである。

また、合衆国憲法第4修正は、究極的には、捜索・押収に該当する行為の合理性を問う。ここにいう「合理性」の意味をめぐり、2つの異なる考え方が存在する³⁰³。第一に、有効な令状を取得しているか、令状要件に対する特別な例外が適用される場合のみ、第4修正上合理的であるとする考え方³⁰⁴。第二に、特定の捜査手法を採用することにより得られる政府の利益が、それにより脅かされるプライヴァシーの利益を上回ると考えられる場合に、第4修正上合理的であるとする考え方である³⁰⁵。

いずれのアプローチも、捜索という行為が識別可能であることを前提とする³⁰⁶。前者の考え方の場合、令状そのものが捜索又は押収という類型の行為を想定していることが明らかであるし、事前に令状の取得を要求することは、一定の類型的行為が捜索又は押収に当たることにつき、捜査機関をして認識し得ることが予定されているといえる。また、後者の考え方の場合、捜索すべき場所を類型的に区別することで、プライヴァシーの利益の優劣関係を想定することが可能である。例えば、住居に対する保護の程度に比べて、車両に対する保護の程度は高くない。なぜなら、自動車は公の目にさらされるため、プライヴァシーの期待が減少するからである³⁰⁷。このようにプライヴァシーの程度を場所の特性に応じて典型的に考えることができるのは、事前に、捜索の実施により侵害され得るプライヴァシーの利益の内容と程度が織り込み済みだからである。この意味で、捜索場所は被侵害利益の内容及び程度の画定と結びつく。また、合衆国憲法第4修正はその第二文で、「令状は、宣誓または確約によって裏付けられた相当理由に基づいてのみ発付され、かつ捜索すべき場所、および逮捕すべき人、または押収すべき物を特定して明示したものでなければならない」と規定し、捜索・押収に令状要件を課している。合衆国憲法第4修正が、一般令状や臨検令状により一

³⁰² *Id.* at 316.

³⁰³ *Id.* at 318.

³⁰⁴ See Katz, *supra* note 72, at 357; 361.

³⁰⁵ See e.g., Riley, *supra* note 183.

³⁰⁶ *Supra* note 277, at 318.

³⁰⁷ 本稿第二章第2節の自動車例外を参照。

般的・探索的な捜索押収が横行した歴史を踏まえて制定されたことを考慮すると、令状要件の目的は、不合理な捜索・押収を受けることのない権利を保護するために、市民と捜査機関との間に中立かつ公平なマジストレイトを介在させ、彼らに捜索押収を正当化する事由の存否と、処分の対象となるのが合理的な範囲に限定されていることを確認させることにより、合理性を欠く恣意的な捜索・押収が行われることを防止することにあると理解できる³⁰⁸。したがって、令状要件は合衆国憲法第4修正上の合理性判断に大きく影響を及ぼす要素であるが、同時に、合理性が保たれているならば必ずしも令状は要しないとも考えられる。つまり、捜索・押収の対象が恣意的ではなく、適切に限定されていれば、不合理な捜索・押収には当たらないと判断される余地がある。その意味で、合衆国憲法第4修正が要求する合理性は、特定性の要求と強く結びつく。特定性の要求は、特定の場所で特定の証拠を探すよう捜査官に要求することにより捜索を規律する。この点で段階的アプローチが顕在化する。すなわち、特定性の要求は、「捜索とは、他と区別可能な場所において、他と区別可能な証拠を発見する、他と区別可能な行為である」という前提に基づいていることがわかる³⁰⁹。

(4) モザイク理論の出発点

モザイク理論は当初、情報公開請求を棄却する方向に作用する理論として、*CIA v. Sims*³¹⁰で用いられたものであるため、この事案を概観する。*CIA v. Sims*は以下のような事案である。

1953年から1966年にかけて、CIA（中央情報局）は、洗脳及び尋問テクニックにおけるソ連と中国の進歩に対抗するために設立された、コードネーム MKULTRA と呼ばれる研究プロジェクトに資金を提供した。本プロジェクトは、大学や研究財団などに委託された。1977年、本件被告は、情報公開法（FOIA）に基づき、MKULTRA プロジェクトの下で研究を行った機関および個人の名前の開示を CIA に求めた。FOIA における適用除外の第3は、「その他の法令により具体的に開示が免除されている事項」については、開示しなくて良いことを定めており³¹¹、CIA はこれに基づき、請求された情報の開示を拒否した。この

³⁰⁸ *People v. Bialostok*, 80 N.Y.2d 738, 744-745 (1993)は、令状要件の目的について、「市民と捜査機関との間に中立かつ公平なマジストレイトを介在させ、現場の警察官の善行に任せざるを得ない状況から個人を保護することにある」と述べている。

³⁰⁹ *Supra note 277*, at 319.

³¹⁰ *CIA v. Sims*, 471 U.S. 159 (1985).

³¹¹ FOIA には、9つに分類された具体的な適用除外情報が定められており、それらの情報に該当する場合には、FOIA の適用除外となり、公開されない。適用除外の第3は、「他の法令で具体的に開示が免除されているもの。ただし、その法令は、(a)当該事項の非公開措置を裁量の余地なく要求しているもの、または、(b)非公開措置についての特別の基準を設け、もしくは非公開措置が取られなければならない特別な種類の事項についての定めがあるものに限られる。」と規定している。財団法人自治体国際化協会「米国における情報公開制度の現状」2002年05月23日(http://www.clair.or.jp/j/forum/c_report/pdf/226-

際、CIA は、上記免除に関する法令として、「中央情報局長官は、情報源と方法を不当な開示から保護する責任を負う」とする 1947 年国家安全保障法 102 条(d)(3)を持ち出した。

その後、被告は連邦地方裁判所に FOIA に基づく訴訟を提起した。連邦地裁は、先の控訴審で示されたように、「情報源」の定義について、CIA が情報を得るために機密の保持を保証しなければならなかった情報源のみを意味するとし、明示的に機密保持の保証を受けた研究者については、その身元を開示する必要はないとし、その他の研究者については、CIA のための仕事には身元を秘密にしておくことが求められるという理由で開示から除外することを決定した。さらに、公開を免除された個々の研究者の所属機関についても、公開する必要はないとした。

Court of Appeals は、上記地裁の後半部分の判示を支持したが、公開が免除される「情報源」について、どの研究者が、「機密保持の必要性」の側面を満たすかについては、地方裁判所の判示を覆した。そして、CIA が、その研究者から提供された種類の情報を得るために機密保持に努める必要があることを十分に立証した場合にのみ、FOIA に基づいて情報公開から免除される「情報源」として適格である、と判示した。

これに対し、合衆国最高裁は一部認容、一部取り消しの判断を示し、大要以下の 3 点を示した。

①1947 年国家安全保障法第 102 条(d)(3)は、FOIA の適用除外の第 3 にいう公開を差し控える法令 (withholding statute) にあたる。102 条(d)(3)は明らかに、適用除外第 3 のいう「特定の種類の事項」に言及している。さらに、FOIA の立法過程によれば、議会は、102 条(d)(3)が適用除外第 3 における公開を差し控える法令として意図されていたことを確認している。そして、102 条(d)(3)の文言の明白な意味からも、議会在中央情報局長に、あらゆる情報源を開示から保護する広範な権限を与えたことを示している。「情報源」の定義を、CIA が情報を得るために機密保持を保証しなければならなかった情報源に限定することでこの権限を狭めることは、議会の明確な意図に反するだけでなく、現代の情報収集の実際的な必要性を見落とすものでもある。

②MKULTRA の研究者は、102 条(d)(3)の広い意味において、保護を受ける「情報源」である。なぜなら彼らは、外国の情報に関して、CIA がその法的義務を果たす必要のあるような情報を提供したか、提供するように依頼されていたからである。CIA が機密保持を約束することなく、提供された種類の情報を入手できたはずだと裁判所が事後的に判断するたびに、CIA に情報源を開示させることは、法定の任務を遂行する能力に壊滅的な影響を与えかねない。本件記録は、MKULTRA の研究者が実際に CIA に、その諜報的役割に関連する情報を提供したことを示しており、したがって長官は、FOIA に基づいてこれらの研究者の身元の開示を差し控える権限を与えられていた。

③FOIA は、長官に、公開を免除された研究者の所属機関を開示することを求めている。

この結論は記録によって裏付けられている。長官は、MKULTRA のような特定の情報研究プロジェクトについて知識を有する者が、その研究が特定の機関で行われたことを知れば、保護される個々の研究者の身元を推測することができると合理的に結論づけた。

Sims においてモザイク理論との関係で重要なのは、Burger 主席裁判官執筆の法廷意見が指摘する以下の説示である。

「機関の研究活動等の対象を公開することは、情報源の身元を公開することと同程度に、機関の情報収集能力を損なうことになりかねない。外国政府は、CIA が関心を寄せる公開の情報源を知ること、その活動に関して非常に多くの事柄を窺い知ることができる。」「議会が 102 条(d)(3)の権限を行使する場合、単に情報源の名前の公開を差し控える以上のことを行う必要がある。外国の諜報機関は、国家安全保障を扱う我が国の組織が何を研究し、誰によってそれが行われているかを知ることに関心を抱いている。外国の諜報機関は、公になっているあらゆる情報を収集し分析する能力と、一見重要でないように見える内容から情報源の身元を割り出す専門技術の両方を備えている。」「断片的な情報は、それ自体では明らかに重要でないものであっても、他の情報の断片をつなぎ合わせて全貌を知るのに役立つのである³¹²。」

上記説示がモザイク理論の発想の出発点である。しかし、このアプローチは、「小説やエンターテインメントで描かれるスパイのような典型的な情報提供者ではなく、多くの重要な情報源が提供してくれる情報が、一般市民も入手し得るような情報である³¹³」という「諜報活動の現実³¹⁴」に依拠している。

翻って、搜索・押収の文脈で検討するに、従来の搜索・押収法理は大きく見ると「内と外」の区別に依拠していたが、*Maynard* においては「情報の総和」、*Jones* の補足意見においては「移動の全体」といった観点が示されたのは、この発想が *Sims* のような安全保障に関わる情報公開請求のケースから生み出されたからに他ならない。情報公開請求の場合には、全ての情報がすでに存在する中で、諜報活動における秘匿性の実効性確保を問題とするものである。さらに、そこでは個人のプライバシーという問題は一切関係しない。これに対し、犯罪捜査においては、証拠収集活動として捜査手続が進行していく中で、そのような活動によって侵害が考えられるプライバシーが（公判において事後的にも）評価される仕組みである。そのため、問題となっている手続がとられた時点では、情報が全て収集されている状態にない。したがって、犯罪捜査の文脈にモザイク理論を採用することは、情報公開請求と犯罪捜査というそれぞれの手続及び公判の特性を無視することになるといわざるを得ない。少なくとも、これらの手続に共通する要素等、犯罪捜査の文脈にも援用を可能とする説明が必要だと思われる。

³¹² *Sims, supra note 310, at 178 (citing Halperin v. CIA, 116, 629 F.2d 144, 150 (1980)).*

³¹³ *Id.* at 176.

³¹⁴ *Id.*

(5) モザイク理論の難点

モザイク理論を採用することに対しては、いくつかの強力な批判が向けられる。第一に、既存の搜索・押収法理との整合性を欠くことである。すでに述べたように、合衆国憲法第4修正が採択されてから現在に至るまで、構築されてきた搜索・押収に関する法理論法実務、さらには合衆国憲法第4修正それ自体が、段階的アプローチを前提に形成されている。そのため、これまでに確立してきた第4修正法理を根本から揺るがし、これを一新する必要に迫られる³¹⁵。

モザイク理論が活発に議論されているのは、合衆国憲法第4修正による保護と科学技術の急激な発達とのバランスを保とうという、プライバシー保護に対する懸念を表明するものである。しかし、仮に、既存の法理を捨て去って、搜索・押収法理を再構築できたとしても、モザイク理論を適用してテクノロジーの利用を規律できるようになる頃には、その対応できたテクノロジーはもはや旧式になっている。結局のところ、新たなテクノロジーの出現に対応できないという懸念は、モザイク理論を採用しても、依然として残るのである。

第二に、十分なモザイクが形成されたと判断される基準が不明確である点である。そもそも、「どの時点で形成されたか」という段階的な発想自体がモザイク理論と相反するものであり、基準として不明確であるという点はモザイク理論の構造に由来する。よって、これまで採られてきたあらゆる搜索・押収法理を捨て去って、全く新しい法理論を形成するのでもない限り、モザイク理論を採用することは難しい。

第三に、合衆国憲法第4修正によって明示的に保護されている領域に関わる場合においてもプライバシーの合理的侵害の有無の判断を必要とする理解するのであれば、十分なモザイクを形成するのに充たない程度で情報が取得された場合、プライバシーの合理的期待がないとして搜索該当性が否定されるのか、という疑問である。トレスパス・テストを放棄し、全てプライバシー・テストによるとした上で、モザイク理論がプライバシーの合理的期待の有無を分析するためのテストであると理解するならば、合衆国憲法第4修正の文言から著しく乖離することになる。モザイク理論的発想を維持するのであれば、少なくとも、事案に応じてトレスパス・テストとプライバシー・テストを使い分けていくという *Jones* の法廷意見の立場を採る必要があると思われる。もっとも、すでに述べたように、プライバシー・テストが段階的アプローチを前提とするものである以上、これを判断する基準として、段階的アプローチと相反する発想に基づくモザイク理論を使うことはキメラを生み出すようなものである。

第四に、モザイク理論は問題とする事柄が混沌としている。ひとえに「モザイク理論」といっても、Alito 裁判官、Sotomayor 裁判官、D. Ginsburg 裁判官のそれぞれの見解において、長期的な監視捜査のどの要素を問題の核心とするかで違いがあることがわかっている。

³¹⁵ See, *supra* note 277, at 346.

少なくとも、28 日間にわたる GPS による監視が行われた事案においては、取得された情報の総量を問題とする立場、収集後の濫用可能性を問題とする立場、予想可能かという意味での社会の期待を問題とする立場と、三者三様の理解が示されているのである。それだけ、モザイク理論は種々の考え方——場合によっては対立するイデオロギー——を詰め込んだ魔法の箱のようなものだといえる。

第五に、モザイク理論を用いることの適切性への疑問である。すでに検討したように、安全保障に関する情報公開請求の場面で用いられてきたモザイク理論を、犯罪捜査の場面で用いることは、両手続の特性を無視するものであり適切でない。しかも、捜査においては、一見すると些細に思える情報を集めて照らし合わせていく作業こそ、まさに伝統的かつ望ましい証拠収集活動である³¹⁶。我が国でも、任意捜査で行い得る捜査手法を繰り返し利用することは、強制処分である搜索・押収を正当化する相当理由を固めるために必要不可欠かつ望ましい方法だと考えられてきたのではないだろうか。

³¹⁶ *Supra note 277*, at 328.

第四章 位置情報に関する日米の法状況

一. アメリカ合衆国における基地局情報の取扱い

アメリカ合衆国では証拠の収集方法にいくつかのバリエーションがある。18 U.S.C. § 2703 (Stored Communications Act/SCA) は、政府機関による利用者の通信又は記録の開示要求について定めている。同条はまず、電話通信・電気通信の内容情報と、内容情報以外のサービスに関する記録に区別する。前者はさらに、情報の保管主体によって区別される。すなわち、通信事業者が保管主体である場合には、保管開始後 180 日以内は令状によって、保管開始後 180 日を超えるものは令状、コートオーダー又はサピーナによる。遠隔情報処理事業者が保管主体である場合には、期間の定めなく令状、コートオーダー又はサピーナによる。令状に基づいて行う場合は利用者への通知は不要である。他方、コートオーダー及びサピーナによる場合は、§ 2705 に従って事後通知をする場合を除き、利用者へ事前に通知しなければならないと規定されている。これに対し、内容情報以外のサービスに関する記録は、保管主体及び保存期間の区別をせず、主に令状又はコートオーダーによることになっている。

§ 2703(b)又は(c)の下で行われる開示のコートオーダーは、管轄裁判所によって発せられ、政府機関によって、要求される電話・電気通信、記録、その他情報の内容が進行中の犯罪捜査に関連があり、かつ重要であると思料すべき合理的な理由(reasonable grounds)の存在を示す特定かつ明白な事実が示された場合でなければ発せられない。

ここで問題となるのは、基地局情報が§ 2703 の適用を受けるのかということである。基地局情報が通信の内容に該当するかはさておいても、少なくとも「電気通信サービス又は遠隔情報処理サービスに関する記録 (§ 2703(C)(1))」に文言上該当することは確かである³¹⁷。そのため、本条の適用を受けるとすれば令状の他にコートオーダーによって取得することが許され、処分を行うために必要な疎明の程度に差が生じる。令状においては「相当理由(probable cause)」が要求されるのに対し、コートオーダーにおいては相当理由よりも程度の低い「合理的な理由(reasonable grounds)」で足りるとされているからである³¹⁸。留意すべきなのは本条と第 4 修正の関係である。つまり、基地局情報の取得が第 4 修正上の捜索・押収に該当するならば、第 4 修正の規定により令状が要求され、令状以外の手段によることは原則として許されない。しかし第 4 修正上の捜索・押収に該当しないならば、第 4 修正の射程外となり令状は本来不要である。とはいえ、第 4 修正の枠外だからといって際限なく行えらるべきでないものもある。SCA は、そのような一定の事項について、令状手続に準じた手続を踏ませ手厚く保護しようという構成になっている。基地局情報は通信事業者の保管に係る情報であるため、文言上は § 2703 の規定が適用され得るが、実際に適用

³¹⁷ See *In re Application of U.S. for an Order Directing a Provider of Elec. Comm'n Serv. To Disclose Records to Gov't*, 620 F.3d 304, 307-308 (3d Cir. 2010).

³¹⁸ *Id.* at 313.

できるとするためには、まず第4修正上の検索・押収該当性を否定することが前提となる。このことは、基地局情報が通信の内容に該当すると考える場合でも、保管開始後180日を超えた基地局情報を取得する場合には令状の他にコートオーダーやサピーナによることが許されるため、より一層妥当する。

二. 我が国における基地局情報の取扱い

1. 電気通信事業における個人情報保護に関するガイドライン

電気通信事業は通信の秘密と直接かかわる事業であって極めて高い公共性を有しており、プライバシー保護を要する情報を取り扱うことも想定される。そのため、そこで取り扱われる個人情報につき保護の必要性が高い。また、電気通信役務の高度化・多様化は、大量かつ高度に処理された情報の迅速かつ広範囲な流通・利用を可能とする高度情報通信社会を実現し、国民生活に大きな利便性をもたらしている反面、電気通信役務の提供に伴い取得される個人情報が不適正な取扱いを受けたり、これらの電気通信役務を利用して個人情報が不適正な取扱いを受けることによる被害は小さくない。このようなことに鑑み、『電気通信事業における個人情報保護に関するガイドライン』はプライバシー保護の観点を踏まえた改正が行われている³¹⁹。

ガイドライン第35条1項は、電気通信事業者が位置情報を取得できる場合を定める。そして同条2項において位置情報の他人への提供が許される場合を定めており、犯罪捜査のため捜査機関に情報を提供する場合がこれに当たる³²⁰。本稿は、通信事業者が正当業務行為として基地局情報を収集し、ログとして保管していることを前提に、捜査機関が犯罪捜査のために当該情報を取得することの適法性を検討する。

ガイドラインによれば、位置情報が個々の通信に関係する場合には、通信の構成要素であるから通信の秘密として保護される。例えば、ある者が携帯電話でメール送信等のインターネット通信を行なった際に記録される基地局情報がこれに当たる。この場合、通信当事者の同意を得ている場合、裁判官の発付した令状に従う場合その他の違法性阻却事由がある場合を除いては、他人への提供その他の利用をしてはならない³²¹。犯罪捜査の文脈においては、被疑者である通信当事者の同意を得ることは考えられず、通常令状によることになる。なお、この場合の令状の形式についてガイドラインは特段の規定をしていないが、実務では検証

³¹⁹ 「電気通信事業における個人情報保護に関するガイドライン（平成29年総務省告示第152号。最終改正平成29年総務省告示第297号）の解説」6頁。

³²⁰ 本項は犯罪捜査の目的ではなく電気通信役務提供の目的で通常の業務過程で取得、保管された記録に対するものである。そのため、捜査機関の要請によって位置情報をこれから取得しようとする場合には2項ではなく同条4項による。

³²¹ 「正当業務行為」とは、電気通信役務を提供する観点から、業務の目的が正当であり、当該目的を達成するための行為の必要性及び手段の相当性が認められる行為をいう。例えば、携帯電話で通信を行うために基地局等において位置登録情報等の位置情報を取得する行為がこれに該当する。前掲注319) 112-113頁。

令状を用いるのが通例となっている³²²。

これに対し、個々の通信時以外に端末の所持者がエリアを移動するごとに基地局に送られる位置登録情報は個々の通信を成立させる前提として電気通信事業者に機械的に送られる情報に過ぎないことから、通信の秘密には含まれないプライバシーとして保護されるべき事項とする。この場合、利用者の同意がある場合又は電気通信役務の提供に係る正当業務行為その他の違法性阻却事由に該当する場合に限り取得することが強く求められる。これは、犯罪捜査の文脈においては特段の規制を示していないに等しい。さらに、基地局情報に基づく過去の位置探索は、現行刑事訴訟法上、強制処分としては規定されておらず、またガイドラインも法律とは異なるため、その法的性質の分析に基づいた規律を欠いている。

2. 基地局情報取得捜査の強制処分該当性

(1) 判断枠組み

アメリカ合衆国における法運用を踏まえて、我が国における憲法、刑事訴訟法の法解釈という観点から基地局情報の取扱いを捉え直してみたい。刑事訴訟法 197 条 2 項は「捜査については、公務所又は公私の団体に照会して必要な事項の報告を求めることができる」と規定している。基地局情報は、同条に基づく任意処分である開示要求の中で取得することが許されるか。我が国の法律上、捜査機関が通信事業者から基地局情報を取得することはどのような法的性質を持つか。

平成 29 年 3 月 15 日判決は、捜査機関が無令状で被疑者使用車両に GPS 装置を取り付け、その動静を監視した捜査手法につき強制処分に当たる旨判示したが、そこでは昭和 51 年決定³²³に沿って強制処分該当性の判断が行われている。すなわち、我が国の最高裁は、問題となっている捜査手法が、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」か否かを強制処分該当性の基準にしている。そうすると、基地局情報の取得という捜査手法の法的性質を検討する上でも同様の観点からの分析が必要となる。

(2) 処分の対象者

強制処分該当性を検討するに当たり、処分の対象者を明らかにする必要がある。捜査機関が通信事業者に記録を開示させるという点を捉えて、通信事業者を対象とした処分だと理解するならば、通信事業者は通信の秘密と直接かかわる事業であることから、業務上知り得た利用者個人に関する情報を外部へ提供することには否定的であると思われ、個人の意思

³²² 石渡聖名雄「逃走中の被疑者の所在把握等のため、通信事業者内設置の装置から将来の携帯電話の位置情報を探索するために同装置の検証令状を発付する際留意すべき事項」高麗邦彦＝芹澤政治編『令状に関する理論と実務 II』別冊判例タイムズ 35 号 144 頁（判例タイムズ社、2013 年）。

³²³ 最決昭和 51 年 3 月 16 日刑集 30 卷 2 号 187 頁。

を制圧する処分だと構成することになる。

しかし、処分の対象者を通信事業者と構成すると、処分による被侵害利益がはっきりしない。むしろ基地局情報捜査によって暴かれるのは、捜査機関がまさに求めている、捜査対象となっている携帯電話利用者の位置情報であることに鑑み、実質的には携帯電話利用者を対象とする処分として構成すべきであろう。

(3) 基地局情報の特徴

通信事業者の収集・保管に係る基地局情報は、携帯電話利用者の過去の時々刻々の位置情報であり、捜査のためこの情報を取得する捜査手法は、利用者の過去の時々刻々の所在を検索し、把握すべく行われるものである。その性質上、公道上におけるものだけでなく、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象となっている携帯電話端末、ひいては利用者本人の所在と移動状況を網羅的に把握することが可能である。基地局情報は、「特定の携帯電話が単なる過去の一時点として特定の基地局と通信した」ことを示すに過ぎないものではなく、通信を経由して、誰が、いつ、どこに所在していて、どのような移動をしたかを示す行動を網羅する記録となり得る。このような情報はプライバシーの中でも特に保護の必要性が高く重要な権利利益である。

公道上の移動については、「通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるもの」として正当な理由による撮影等が許容される³²⁴。これは、公道上を移動するという行為が、公の目から逃れようという期待（プライバシー）の縮減を反映していることに加えて、正当な理由による捜査機関の利益が増大していることから正当化されると理解できる³²⁵。しかし、これを基地局情報について見ると、プライバシーの縮減を示す事情を見出すことができない。対象者は携帯電話の電源を入れているだけであって、この行為の性質は公道上においても住居内においても変わらない。したがって、携帯電話の基地局情報を通じて対象者の過去の所在及び移動状況を把握することにつき、公道上の所在及び移動状況なのか否かということは一切意味を持たない。それゆえ、基地局情報を通じて把握される所在及び移動状況は、それについてのプライバシーの期待が縮減しておらず、公道上のものか否かに拘わらず、総じて、憲法 35 条の保障する住居、書類及び所持品に準ずる重要な権利利益である。そして、このような情報について通信事業者から取得する捜査手法は、公権力による私的領域への侵入を伴うものといえる。

既に述べたように、対象者は携帯電話の電源を入れておくだけで基地局に係る位置情報が収集・保管されているため、当該基地局情報が捜査機関に取得されていることについての認識がない。人は通常、誰が、いつ、どこに所在していて、どのような移動をしたかを示す行動を網羅する記録が捜査機関に取得されることに対して強い拒否感を持っており、捜査

³²⁴ 最決平成 20 年 4 月 15 日刑集 62 卷 5 号 1398 頁。

³²⁵ 判決文中で用いられている「受忍」という表現は、このような発想と親和性を有する。

機関による基地局情報の取得が合理的に推認される個人の意思に反することは明らかである。合理的に推認される個人の意思に反することも昭和 51 年決定にいう「意思の制圧」に当たることが平成 29 年判決³²⁶で明確にされているため、捜査機関が通信事業者から基地局情報を取得する捜査手法は、個人の意思を制圧し、重要な権利利益に制約を加える手段であり強制処分当たる。

3. 通信の秘密との関係

基地局情報は、憲法 21 条 2 項により保障される通信の秘密との関係が問題となる点で GPS 捜査とは性質が異なる³²⁷。我が国では、通信の内容は通信の秘密として保護される³²⁸。現行のガイドラインの下では、通信の秘密として保護される位置情報と、通信の秘密には含まれないプライバシーとして保護されるべき位置情報とでは、通信事業者が捜査機関に提供するのに令状を要するか否かという点で、保護の程度にも取得の手續にも違いがある。

しかしながら、この区別による手続的差異が適切であるかどうかは甚だ疑問である。ガイドラインの解説において認められているように、通信の内容に該当しない事項であっても、ある人がどこに所在するかということはプライバシーの中でも特に保護の必要性が高い。そして、基地局に係る位置情報は通信とも密接に関係する事項であるから、強く保護しなければならない。他方、個々の通信時に収集される基地局情報と、個々の通信時以外に自動的に収集される基地局情報では、当事者に通信の認識を有しているか否かの違いに過ぎず、手續や保護の程度に違いを及ぼすほどの実質的な差異はない。通信の秘密に含まれないプライバシーとして保護されるべき基地局情報も、個々の通信を成立させる前提として収集されるのであれば、憲法上保障された個々の通信と密接に関連するものであり、少なくとも通信の秘密に準ずる権利利益として取り扱うべきである³²⁹。したがって、基地局情報捜査は、通信の秘密ないし通信の秘密に準ずる権利利益の侵害を伴う捜査手法といえる。

憲法 35 条は条文上、令状による権利制約のある場合を想定しているのに対し、通信の秘密を保障する憲法 21 条 2 項には権利制約を想定した文言がない。しかし、通信の秘密も絶対無制約の権利ではなく、憲法 12 条及び 13 条が規定するように公共の福祉という観点から一定の制約を課すことが許される。では、憲法 21 条 2 項により保護される通信の秘密にも、憲法 35 条の令状要件が及ぶのか。憲法 21 条 2 項の手続的保障の問題として、憲法 21 条 2 項と 35 条の関係が問われることになる。

憲法 13 条は広くプライバシーという権利利益を保障しているが、そこに含有されるプライバシーの中でも保護すべき程度は様々である。そこで、特に強い保護を与えるべき一定の類型を抽出し別途明文で規定したものが、憲法 21 条や 33 条、35 条等であると理解で

³²⁶ 最判平成 29 年 3 月 15 日刑集 71 卷 3 号 13 頁。

³²⁷ 小向太郎『情報法入門 第 4 版』49 頁 (NTT 出版、2018 年)。

³²⁸ 同上 39 頁。

³²⁹ 松井茂記ほか『インターネット法』285 頁 (有斐閣、2015 年)、小向・同上 39-40 頁。

きる。憲法 21 条 2 項の規定がプライバシー権を実体的に保障するものであるのに対し、憲法 35 条は憲法 31 条に基づく適正手続の保障をさらに特化させたものとして令状主義という手続的保障を求める。憲法 35 条は「住居、書類及び所持品」と列挙しているように、有体物を念頭に置いた立法がなされている。しかし今や、有体物でない通信も憲法 35 条の令状要件の規律を受けていることから、有体物でなくても、憲法 35 条の列挙する住居、書類及び所持品に準ずる重要な権利利益については同条の令状要件の規律が及ぶと理解して良い³³⁰。

そもそも、憲法が制定された当時、憲法 35 条と憲法 21 条は相互に補完し合う権利であったと理解できる。つまり、憲法 35 条が「住居、書類及び所持品」という個人の私生活の物理的な側面を保障し、憲法 21 条 2 項が手紙や電話等通信の秘密という個人の私生活の非物理的な側面を保障する構造になっていたと考えられる。そうであれば、テクノロジーの発達による社会の変化に伴い、プライバシーとの関係でこれらの規定が理解されるようになった現代においては、憲法 21 条 2 項の保障する通信の秘密は憲法 35 条の解釈に包摂され、令状要件の規律が及ぶことになる。

4. 令状主義との関係

基地局情報捜査が強制処分に該当するとの前提の下、通信の秘密又は通信の秘密に準ずる権利利益の制約について令状要件の規律が及ぶと理解すると、これを行うためには令状を取得しなければならないが、どの種の令状を取得する必要があるのか。これは換言すれば、基地局情報の取得が「いかなる種類の」強制処分に該当するかという問題であり、処分の性質に基づいた分析が求められる。

我が国において捜査機関による基地局情報の「取得」について考える際、捜査対象者に関する一定期間のログを通信事業者内のコンピュータに表示させて、これを捜査機関が直接確認する方法と、文書又は他の記録媒体に複写した形式で通信事業者から取得する方法とが考えられる。アメリカ合衆国において検索（“search”）の文脈で検討されるものでも、我が国においては検索と検証とで異なる令状様式が要求されているため、取得がどのような態様で行われるかは令状主義との関係で重要である。

(1) 検証令状

第一に、検証令状に基づくことが考えられる。これは、通信事業者のシステム端末を操作し、情報を表示させた画面を視認することにより、過去の一定期間に対象の携帯電話から発信された電波を受信した基地局の位置や基地局からの方角、距離等のデータから、被疑者が使用する携帯電話の位置情報を、五官の作用により認識する点で検証に当たると理解する

³³⁰ 実際に、無形である通信による会話の取得について令状要件を課す通信傍受法が存在する。井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』14 頁（有斐閣、1997 年）。

331。平成 29 年判決において GPS 捜査が検証では捉えきれない性質を有するとされたのは GPS 捜査に伴う端末の「取付」という行為が検証の枠から出るためであったと理解すれば、取付行為を伴わない基地局情報捜査は検証として捉える余地が残されている。

また、リアルタイムで追跡できる GPS 捜査は、「GPS 端末を取り付けた対象車両の所在の検索を通じて対象車両の使用者の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うものであって、GPS 端末を取り付けるべき車両及び罪名を特定しただけでは被疑事実と関係のない使用者の行動の過剰な把握を抑制することができず、裁判官による令状請求の審査を要することとされている趣旨を満たすことができないおそれがある」ことが、令状発付の可能性との関係で指摘されていた³³²。しかし、通信事業者から過去の基地局情報を取得する捜査は、捜査中の被疑事実に関連して被疑者の所在を確認したい日時を特定することで、限定的に基地局情報を取得することができ、個人の行動の過剰な把握をある程度抑制することは可能であると考えられる。

さらに、平成 29 年判決では事前の令状呈示と同程度に手続の公正を担保する手段が GPS 捜査においては仕組みとして確保されていないことが指摘されていた。しかし、通信事業者からの基地局情報の取得という捜査手法においては、通信事業者に対して令状を事前呈示することが可能であり、個人の位置情報について過剰な把握を抑制するために通信事業者に立ち合いを求めることも可能である。そうすると、適正手続の保障という観点からも許容し得るように思われる。

しかしながら、捜査機関が基地局情報記録を通信事業者内のシステム装置で直接確認する捜査手法を検証として理解することにはいくつかの問題点が残されている。検証とは、「直接自己の感覚作用により場所や人、物についてその存在及び状態などを強制的に認識し、証拠資料を得ること³³³」、「物の占有を取得できないとき又は裁判のときまでこれを保持しておくことができないとき、その物を見てその状態を記録・保全する手続³³⁴」とも説明されるように、検証という処分の実質は、場所・物・人の存在、位置、性質等について「直接」感知することにある。判例では、エックス線による撮影や通信傍受が検証に当たるとされたが、これらは装置の利用が目や耳に直接代替するものであると理解できる。すなわち、エックス線装置を利用することで、写された影を直接「見る」、傍受装置を利用することで、電話回線での会話内容を直接「聴取する」ことができるのである。このような理解に基づくと、基地局情報の確認により対象者の所在を直接感知できるか。基地局情報は、①いつ、②どの基地局の、③どの向きのアンテナが、④どの携帯電話番号（又は ID 番号である ISMI や ESN）の、⑤どんな通信種類（通話か電子メールか等）を中継したか、など」のログである

331 大野正博「携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー」朝日法学論集 39 号 77 頁、110-128 頁（2010 年）、石渡・前掲注 322）。

332 前掲注 326）。

333 池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義 第 4 版』192 頁（東京大学出版会、2012 年）。

334 小林充『刑事訴訟法 第 5 版』109 頁（立花書房、2015 年）。

335。そのような過去のログを確認しても、対象者の所在や移動状況等を直接感知できるものではない。したがってこのような捜査手法を検証として位置付けることは困難であると結論付けざるを得ない。

また、基地局情報の取得を検証と位置付けると、処分の対象者は当該情報を収集・保管する通信事業者になり、令状は通信事業者に対し呈示される。しかし既に述べた通り、位置情報の把握によって実質的に侵害されるのは、被疑者のプライバシー、すなわち憲法 21 条 2 項に保障される権利及び憲法 35 条により保障される権利である。通信傍受について扱った最高裁判例において反対意見を述べた元原利文裁判官は、通信傍受が「情報の押収という側面を有する」から、「違法な傍受が行われたときは、処分対象者に対し原状回復のための不服申立ての途が保障されていなければならない」が、「検証については、『押収に関する裁判又は処分』として準抗告の対象とすること（同法 429 条 1 項、430 条 1 項、2 項）も認められていない」ことを指摘する³³⁶。通信傍受及び基地局情報の取得を「情報の押収」と理解するかは別として、基地局情報の取得を検証として位置付けることは、不服申立ての余地がない点で適正手続きの保障が十分でないため許容し得ない。

また、捜査機関が基地局情報記録を通信事業者内のコンピュータに表示させて直接確認するという方法をとる場合ではなく、基地局情報記録を文書等の形式で通信事業者から物理的に取得する場合も検証として理解することができない。なぜなら、通信事業者が通常の業務として利用者の基地局情報を取得した時点では、捜査機関による「強制処分」は行われていない。それどころか、「捜査」さえ行われていない。そうすると、捜査機関が基地局に関する情報を「通信事業者から文書の形式で取得する行為」だけが問題となるどころ、いわば「提出」に近い態様であるこの行為を、五官の作用を通じて場所・物・人の存在、位置、性質等を把握する処分である検証に位置付けることは困難だからである。したがって、捜査機関が通信事業者の保管に係る基地局情報を取得する捜査手法は、検証令状によって行うことができない。

(2) 搜索差押令状

第二に搜索差押令状に基づくことが考えられる。これは、捜査機関が基地局に関する情報を「通信事業者から文書等の形式で取得する行為」をカバーするものである。すなわち、通信事業者の保管に係る捜査に必要な基地局情報を用紙等に印刷し、この占有を強制的に取得する点を差押として理解する。そして、差押の前提として、取得したい被疑事実と関連する基地局情報を通信事業者のコンピュータにつき探索する点で、差し押さえるべき物を一定の場所につき探索する処分である搜索として理解する。

ところで、電子計算機や、かつて主流であったフロッピーディスクなど有体物たる記録媒

³³⁵ 大橋充直「携荷電話の捜査実務（導入編）」捜査研究 677 号 66 頁（2007 年）。

³³⁶ 最決平成 11 年 12 月 16 日刑集 53 卷 9 号 1327 頁（元原利文裁判官の反対意見）。田宮裕『刑事訴訟法 新版』499-500 頁（有斐閣、1996 年）。

体の中に、被疑事実と関連性を有する情報が蔵置されている蓋然性が認められる場合には、証拠物として記録媒体（電磁的記録物）自体を差し押さえることが従来可能である。しかし、多くの場合、証拠として意味を持つのは、無形の電子情報・電磁的記録であり、それが納められている記録媒体それ自体ではない³³⁷。また、コンピュータ・ネットワークが高度に発展し、クラウドコンピューティングなど、遠隔のコンピュータの記録媒体に電磁的記録を保管し、あるいは必要の都度これをダウンロードするなどといった利用がかなり一般化していることから、従来の、有体物としての記録媒体そのものを差し押さえるという方法だけでは捜査の目的を十分に達成できないおそれが生じている³³⁸。

そこで、情報化社会の進展に適切に対応するため、刑訴法 218 条 2 項は「差し押さえるべき物が電子計算機であるときは、当該電子計算機に電気通信回線で接続している記録媒体であって、当該電子計算機で作成若しくは変更をした電磁的記録又は当該電子計算機で変更若しくは消去をすることができることとされている電磁的記録を保管するために使用されていると認めるに足りる状況にあるものから、その電磁的記録を当該電子計算機又は他の記録媒体に複製した上、当該電子計算機又は当該他の記録媒体を差し押さえることができる」と規定した。この規定により、従来の記録媒体自体の差押に加えて、差し押さえるべき物がコンピュータである場合に、当該コンピュータで作成・変更（又は変更・消去できる）電磁的記録を保管するために使用されていると認められるものから、当該コンピュータを操作して、必要な電磁的記録をそのコンピュータ又は他の記録媒体に複製した上で、当該コンピュータ又は当該他の記録媒体を差し押さえることが認められた。例えば、コンピュータで処理すべきファイルを保管するために使用されているリモート・ストレージ・サービスの記録媒体等が想定される³³⁹。通信事業者の収集・保管に係る基地局情報は膨大であるため、その保管のためには、通信事業者のコンピュータに接続されたサーバーやストレージ・サービスが利用されていると考えられる。したがって通信事業者のコンピュータを差し押さえるべき物とする場合、基地局情報が当該コンピュータに接続されたサーバーやストレージ・サービス内に保管されていれば、法 218 条 2 項に基づき、当該コンピュータを操作して、必要な基地局情報を CD ロムや USB、用紙等他の記録媒体に複製又は印刷した上で、当該他の記録媒体を差し押さえることで基地局情報の取得が可能であると解する。

この場合に 219 条 2 項は「令状に、差し押さえるべき電子計算機に電気通信回線で接続している記録媒体であって、その電磁的記録を複製すべきものの範囲を記載しなければならない」と規定している。差押の対象を特定・明示すべきであるという令状主義の要請を満たすのがこの規定の趣旨であるため、令状を執行する捜査機関が対象物該当性を判断でき（捜査機関による恣意的判断を防止し得）、被処分者が受忍範囲を判断できる程度に、具体

³³⁷ 小林・前掲注 334) 105 頁。

³³⁸ 池田＝前田・前掲注 333) 181-182 頁。

³³⁹ 同上 182 頁。

的に記載しなければならない³⁴⁰。通信事業者のコンピュータに接続されたサーバーやストレージ・サービスには、被疑者以外の、犯罪とは無関係な者の基地局情報も当然に記録されているため「基地局情報」といった形式を記載しても、令状主義の要請を満たすことができない。また、取得しようとする基地局情報が被疑事実との関係でどのような内容を証明する証拠となるのか、換言すれば証拠として差し押さえる必要性の問題として、被疑者についての基地局情報の中でも、被疑事実とは無関係なものも多くある。例えば、基地局情報により証明しようとする事実が「同一グループによる犯行と思われる一連の事件の発生時に被疑者が現場付近に所在していたこと」という場合に、事件の発生していない日時的位置情報や、事件現場から遠く離れた基地局の情報は被疑事実との関連性を有しない。そのため「被疑者の所有に係る携帯電話の基地局情報」といった記載でも令状主義の要請を満たすことができない。コンピュータに接続されたサーバーやストレージ・サービス内に保管されている基地局情報の中でも、被疑事実と関連性を有すると思料される時間的場所的範囲をできる限り特定して記載する必要がある。

基地局情報は無形の電磁的記録であり、通信事業者のコンピュータがその記録媒体に当たる。差し押さえられる記録媒体が大型のコンピュータである場合などは、差押によって業務に著しい支障をきたし得るほか、事件と無関係な第三者の情報が含まれていたりするため、コンピュータ自体を差し押さえなくとも、その中の電磁的記録を取得することで証拠収集の目的を達することができるのであれば、そのような取得を可能にすることが合理的である³⁴¹。そこで、コンピュータ自体の差押に代替する執行方法として、捜査機関は自ら、又は通信事業者をして、差し押さえるべき基地局情報をCD-ROMやUSB等の他の記録媒体に複製、又は用紙に印刷することができると解することができる（刑訴法222条1項、110条の2）。これは差押令状の執行に代わる処分であるため、この処分を行うためには差押令状によることになる。

なお、差押の要件として、差押の必要性が要求される場所、これには、差押という手段による必要性も含まれる。そのため、後述する記録命令付差押で足りることが明らかな場合には、電磁的記録媒体の差押は必要性がなく、令状審査する裁判官は請求を却下することができる³⁴²。したがって捜査機関は、差押令状の請求を行うにあたり、記録命令付差押によることが不都合である事情を疎明資料に付すことが望ましいと思われる。

(3) 記録命令付差押え

差押は捜査機関が直接的に行う処分であるところ、記録媒体そのものの差押によると、捜査機関では電磁的記録が記録されている記録媒体を特定することが困難である場合や電磁

³⁴⁰ 同上183頁、中園江里人「電磁的記録媒体の差押え」近畿大学法科大学院論集14号65頁、73頁（2018年）。

³⁴¹ 小林・前掲注334)105頁。

³⁴² 中園・前掲注340)75-76頁。

的記録が複数の記録媒体に分散して保管されている場合には、捜査の目的が十分に達成できないおそれがある³⁴³。

電磁的記録に関連して、平成 23 年の刑事訴訟法改正により記録命令付差押という処分が新たに創設された。記録命令付差押は刑訴法 99 条の 2 の規定により、「電磁的記録を保管する者その他電磁的記録を利用する権限を有する者に命じて必要な電磁的記録を記録媒体に記録させ、又は印刷させた上、当該記録媒体を差し押さえること」と定義される。同条は裁判所による記録命令付差押を規定しているが、法 218 条 1 項が「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、裁判官の発する令状により、差押え、記録命令付差押え、捜索又は検証をすることができる」と規定していることから、捜査段階においても、裁判所による当該令状の発付を受けることで記録命令付差押の処分を行うことが可能である³⁴⁴。この処分は、命令の相手方に記録又は印刷する義務を負わせる新たな強制処分であるが、その性質は、一種の提出命令と解される³⁴⁵。ただし、アメリカ合衆国における文書提出命令(subpoena duces tecum)と異なり、従わない場合の罰則規定が設けられていないことから、記録命令付差押えは通信事業者等が捜査に協力的であって、直ちに差押という直接強制によらなくても目的を達することができる場合を想定したものと考えられる³⁴⁶。

基地局情報の取得について考える場合、通信事業者のコンピュータそのものを差し押さえ又はそれに代わり他の媒体に複写した上で差し押さえるとしても、膨大な量の基地局に関するログの中から捜査の目的に必要な情報だけを特定することは、捜査機関にとっては困難といえる。現代のコンピューティング・システムは極めて複雑であり、その操作には種々の専門的知識等が必要である³⁴⁷。捜査に必要な基地局情報を取得するにあたっては、セキュリティを解除したり、コンピュータを操作して基地局情報を表示させたり、基地局情報の中から被疑者の携帯電話に紐づくものだけを特定して抽出するといった行為が必要であり、また表示されるログを読み取ることが必然的に伴うため、専門的知識を有する通信事業者をして捜査に必要な基地局情報を特定させることが最も効率的であり、侵害性が弱い方法といえる。さらに、特定した情報を他の記録媒体に記録させるための操作も通信事業者に行わせる方が効率的かつ侵害性が弱い³⁴⁸。また、これらの行為を捜査機関自らではなく第三者である通信事業者に行わせることにより、利用者一般のプライバシー保護にも資すると思われる。以上のことから、現行刑事訴訟法において基地局情報の取得は記録命令付差押えとして行い得る。

³⁴³ 池田＝前田・前掲注 333) 183 頁。

³⁴⁴ 同上 183-184 頁。

³⁴⁵ 同上 184 頁。

³⁴⁶ 小林・前掲注 334) 106 頁。

³⁴⁷ 池田＝前田・前掲注 333) 184 頁。

³⁴⁸ 同上。

(4) 記録命令付差押えによることの課題

刑訴法 430 条 1 項は、「検察官又は検察事務官のした押収若しくは押収物の還付に関する処分」について準抗告を認めている。記録命令付差押は、記録命令処分と差押処分をまとめたものであるため、同条に言う押収に関する処分の対象となり、被処分者は準抗告を申し立てることができる。しかしながら、記録命令付差押令状執行の相手方としての被処分者は、基地局情報を提出する通信事業者である。そして、取得される情報が被疑者の位置情報であることから、実質的に権利利益の侵害を受けるのは被疑者である。しかも必ずしも被疑者は自己の過去の基地局情報が捜査機関に取得されていることについて認識し得るわけではない。そうすると、被疑者が実質的な被処分者であるにもかかわらず、準抗告を申し立てられないことになる。第三者を介することで準抗告の権利が画餅に帰すことになりかねない。したがって、一定期間の後に被疑者に対し基地局情報の取得を事後通知する等、何らかの法的な措置を講ずる必要があり、さらに第三者に情報を提出させる場合に実質的な被処分者である被疑者にも準抗告の申立適格を認める必要がある。

さらに、基地局情報の取得に違法があった場合、被疑者は証拠排除の申立て適格を有するかも問題となる。証拠排除申立て適格を巡り、学説では、第三者の権利・利益の侵害という意味で違法手続きが行われた場合には、被告人自身には違法を主張して排除を求める適格がないと説明される³⁴⁹。しかし、この説明は、第三者宅の違法捜査や証人の自己負罪拒否特権の侵害等、被疑者のプライバシーとは直接関わりのない場合を想定したものである³⁵⁰。基地局情報の記録命令付差押を行う場合も、被疑者に対する公判との関係では通信事業者は第三者であって、上記の場合と同様といえる。しかしながら、基地局情報の取得によって実質的に侵害されるのは被疑者のプライバシーそのものであるという事実を踏まえると、被疑者に証拠排除の申立て適格を認めるべきと思われる。

三. 我が国における GPS 捜査の法的性質

1. 平成 29 年判決以前における裁判例及び学説の理解

基地局情報と GPS 情報は、捜査資料として取得の方法に違いがあるが、居場所を確認できる点においては証拠として類似の性質を有する。我が国において GPS 捜査を巡っては、主としてその法的性質において見解の対立が生じていた。強制処分には当たらないとして任意処分として行えるとした下級審裁判例に、取得される位置情報の性質に依拠して、「車両は、通常…公衆の目にさらされ、観察されること自体は受忍せざるを得ない存在である」ため、「車両の利用者にとって、その位置情報は、基本的に、第三者に知られないですますことを合理的に期待できる性質のものではなく、一般的にプライバシーとしての要保護性は高くない」ことを理由とした広島高判平成 28 年 7 月 21 日の他、広島地福山支判平成 28

³⁴⁹ 田宮・前掲注 336) 406-407 頁。

³⁵⁰ 同上。

年2月16日（前記広島高裁の第一審である）、所在検索の実際の態様、及び情報の正確性、尾行の補助手段として行われていたこと等を理由とした大阪地決平成27年1月27日、取得される位置情報の性質、尾行によっても取得可能な情報であること、機器の誤差、尾行の補助手段として行われていたこと等から、プライバシー侵害の度合いは高くないとした福井地判平成28年12月6日があった。

他方、強制処分と位置付けて令状がなければ行えないとした下級審裁判例に、「GPS捜査が「対象者に気付かれない間に、容易かつ低コストで、その端末の相当正確となり得る位置情報を、長期間にわたり常時取得できるだけでなく、その結果を記録し、分析することにより、対象者の交友関係、信教、思想・信条、趣味や嗜好などの個人情報を網羅的に明らかにすることが可能であり、その運用次第では、対象者のプライバシーを大きく侵害する危険性を内包する捜査手法である」ところ、当該GPS捜査が「具体的な終期を定めることなく開始されており、その開始の段階から、プライバシー侵害の危険を生じさせるものであり」、「実際に、被告人らに本件GPS端末を発見されるという偶然の事情により終了するまでの間、約3か月半にわたり、多数回の位置検索が成功裏に行われ」たこと、「その精度は誤差が数十メートルの範囲の場合も多い」こと等から「本件GPS捜査の実施状況は、捜査開始の目的の達成に必要な限度内で行われたものとは言い難い」ことに「加えて、本件GPS端末の位置検索…情報は捜査機関において入手可能であったことも併せ考慮すれば、本件GPS捜査は、GPS捜査が内包しているプライバシー侵害の危険性が相当程度現実化した」として、モザイク理論的な発想に依拠して強制処分該当性を認めた名古屋高判平成28年6月29日のほか、これと類似の考え方を採る名古屋地判平成27年12月24日（前記名古屋高裁の第一審である）、東京地立川支決平成28年12月22日、GPS捜査の性質上、「尾行や張り込みといった手法により、公道上や公道等から他人に観察可能な場所に所在する対象を目視して観察する場合と異なり、私有地であって、不特定多数の第三者から目視により観察されることのない空間、すなわちプライバシー保護の合理的期待が高い空間に対象が所在する場合においても、その位置情報を取得することができること」を重視した大阪高判平成28年3月2日（平成29年判決第一審）³⁵¹、水戸地決平成28年1月22日があった。

学説もこれと同様で、任意処分として位置付ける見解と、強制処分として位置付ける見解に大別される。GPS捜査を任意処分と見る見解は³⁵²、取得される情報におけるプライバシーの要保護性が、従来任意処分とされてきた尾行や張り込み等と比較して高くない点を

³⁵¹ 平成27年6月5日第一審証拠決定も併せて参照されたい。

³⁵² 清水真「自動車の位置情報把握による捜査手法についての考察」法学新報117巻7・8号443頁、455-458頁（2011年）、大久保隆志『刑事訴訟法』33頁（新世社、2014年）、前田雅英「判批」捜査研究770号56頁（2015年）、柳川重規「捜査における位置情報の取得—アメリカ法を踏まえて」刑事法ジャーナル48号30頁（2016年）、滝沢誠「捜査における位置情報の取得—ドイツ法を踏まえて」同41頁、中谷雄二郎「位置情報捜査に対する法的規律」同48頁、太田茂「GPS捜査による位置情報の取得について」同61頁など。

重視したものが多く、任意処分とした上記裁判例とおおむね共通した論拠に立っていると
いえよう。また、GPS 捜査につき、尾行等の補助手段として行われる場合と、対象者の行
動を網羅的に、継続的に把握することを目的とする場合に分類し、前者を任意処分として、
後者を強制処分とする「二分説」と呼ばれる見解もあるが³⁵³、尾行等の補助手段として行う
GPS 捜査を任意処分と位置付ける論拠は任意処分説と共通している³⁵⁴。他方、強制処分と
見る見解は³⁵⁵、高度な情報化社会におけるプライバシー保護という観点から、情報取得後
の法規制の必要性を強調するものが多い³⁵⁶。

2. 最高裁平成 29 年 3 月 15 日大法廷判決³⁵⁷

本件事実の概要及び訴訟の経過は次の通りである。被告人が複数の共犯者と共に犯した
と疑われていた窃盗事件に関し、組織性の有無、程度や組織内における被告人の役割を含む
犯行の全容を解明するための捜査の一環として、約 6 か月半の間、被告人、共犯者のほか、
被告人の知人女性も使用する蓋然性があった自動車等合計 19 台に、同人らの承諾なく、か
つ、令状を取得することなく、GPS 端末を取り付けた上、その所在を検索して移動状況を
把握するという方法により GPS 捜査が実施された。

第一審は、GPS 捜査により直接得られた証拠及びこれに密接に関連する証拠の証拠能力
を否定したが、その余の証拠に基づき被告人を有罪と認定した。

これに対し、原判決は、GPS 捜査に重大な違法があったとはいえないと説示して、第一
審判決が証拠能力を否定しなかったその余の証拠についてその証拠能力を否定せず、被告
人の控訴を棄却したため、被告人が上告した事案において、GPS 捜査によって直接得られ

³⁵³ 滝沢・同上 46 頁、中谷・同上 56 頁。

³⁵⁴ 伊藤雅人＝石田寿一「判解」ジュリスト 1507 号 106 頁、108 頁（2017 年）。

³⁵⁵ 土屋眞一「判批」判例時報 2150 号 8 頁（2012 年）、稲谷龍彦「情報技術の革新と刑事
手続」井上正仁＝酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』40 頁（有斐閣、2013 年）、緑大輔「監視
型捜査における情報取得時の法的規律」法律時報 87 巻 5 号 68-69 頁（2015 年）、笹倉宏
紀「捜査法の思考と情報プライバシー権」同 76 頁、指宿信「GPS 利用捜査とその法的
性質—承諾のない位置情報取得と監視型捜査をめぐって」法律時報 87 巻 10 号 59-61 頁
（2015 年）。

³⁵⁶ 伊藤＝石田・前掲注 354) 109 頁。

³⁵⁷ 本判決を紹介・分析するものとして、伊藤＝石田・前掲注 354)、井上正仁「判批」井
上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選（第 10 版）』64 頁（2017 年）、前田雅英「判批」WLJ
判例コラム 101 号（2017WLJCC009）（2017 年）、宇藤崇「判批」法学教室 440 号 152 頁
（2017 年）、石田倫識「判批」法学セミナー 749 号 98 頁（2017 年）、後藤昭「判批」法律
時報 89 巻 6 号 4 頁（2017 年）、堀口悟郎「判批」法学セミナー 750 号 104 頁（2017
年）、前田雅英「判批」捜査研究 798 号 28 頁（2017 年）、尾崎愛美「GPS 捜査の適法性
に関する最高裁大法廷判決を受けて（上）」捜査研究 798 号 43 頁がある。また、本判決以
後、本判決を適用して、無令状により行われた GPS 捜査が強制処分法定主義に違反する
とした東京地判平成 29 年 5 月 30 日（LEX/DB 文献番号 25545864）が出されている。

た証拠及びこれと密接な関連性を有する証拠の証拠能力を否定する一方で、その余の証拠につき、同捜査に密接に関連するとまでは認められないとして証拠能力を肯定し、これに基づき被告人を有罪と認定した第一審判決は正当であり、第一審判決を維持した原判決の結論に誤りはないとし、上告を棄却した。

車両に使用者らの承諾なく秘かに GPS 端末を取り付けて位置情報を検索し把握する捜査手法の適法性が問題とされた事案である。

(1) 強制処分性について

(a) 争点及び判旨

本件の争点は、次の二点である。第一に GPS 捜査が強制処分に該当するか、第二に強制処分に該当する場合、現行刑訴法上の各強制処分のどの類型に位置付けられるかである³⁵⁸。前者は強制処分法定主義の問題、後者は令状主義の問題と言い換えることができる。ここではまず、第一の強制処分性に関する判断について分析する。

最高裁は、GPS 捜査について、「対象車両の時々刻々の位置情報を検索し、把握すべく行われるものであるが、その性質上、公道上のもののみならず、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを可能にする」捜査手法であるとし、「このような捜査手法は、個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うから、個人のプライバシーを侵害し得る。そのような侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着することによって行う点において、公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりするような手法とは異なり、公権力による私的領域への侵入を伴う」と述べた。そして、「憲法 35 条は、『住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利』を規定しているところ、この規定の保障対象には、『住居、書類及び所持品』に限らずこれらに準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利が含まれる」とした上で、「個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法である GPS 捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分に当たる」と判示した。

(b) 意思制圧

強制処分と任意処分の限界についての基準を示したとされる最高裁昭和 51 年 3 月 16 日決定によれば、「強制手段とは、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味する」。この中で強制処分の指標として実質的な意味を持ち得るのは、「個人

³⁵⁸ 伊藤＝石田・前掲注 354) 107 頁。

の意思の制圧」と「身体、住居、財産等への制約」である³⁵⁹。ここにいう「身体、住居、財産等」は、強制処分に非常に厳格な要件・手続が法定されていることとの関係で、そのような厳格な保護・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益であることを要するという趣旨である³⁶⁰。

昭和 51 年決定の言う「意思制圧」を巡っては、「相手方の明示または黙示の意思に反すること」と理解する見解と³⁶¹、単に意思に反することではなく、意思を「制圧」する程度のものであることを要するとする見解³⁶²が存在した³⁶³。

平成 29 年判決は GPS 捜査について「合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法」とした上で、「個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして…強制の処分に当たる」と判示している。したがって最高裁は「合理的に推認される個人の意思に反する」ことを、昭和 51 年決定における「意思制圧」と同視していることがわかる³⁶⁴。「個人の所持品に秘かに装着する」というのは、GPS 端末の装着について対象者の同意や承諾を得ていないという意味であり、GPS 捜査のような秘匿捜査ゆえに意思制圧を観念できない類型の捜査手法を、昭和 51 年決定の「意思制圧」という表現に結び付ける趣旨に過ぎない。最高裁が「意思制圧」という表現に結び付けたのは、刑訴法 197 条にいう「強制」の概念から文理上離れられないためであろう。GPS 捜査の場合、対象者の所持品への装着が「秘か」でないということは同意や承諾があるのと同義であり、その場合にまで強制処分に当たるとしなければならない理由は、少なくとも理論的には存在しないと思われる³⁶⁵。

(c) 被侵害利益

本判決は GPS 捜査が強制処分に該当するとの判断を導くに当たり、「GPS 捜査は、対象車両の時々刻々の位置情報を検索し、把握すべく行われるものであるが、その性質上、公道

³⁵⁹ 井上正仁『強制捜査と任意捜査』7頁、10頁（有斐閣、2006年）；大澤裕「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選 第10版』5頁（有斐閣、2017年）。

³⁶⁰ 井上・同上10頁。

³⁶¹ 同上。

³⁶² 渡辺咲子「任意捜査の限界—検察の立場から—」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅰ』147頁（悠々社、2002年）。

³⁶³ もっとも、川出敏裕「任意捜査の限界」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀 刑事裁判論集（下）』30頁（判例タイムズ社、2006年）は、「意思に反するにとどまらず、意思を制圧するまでに至っている場合については、それだけ重大な権利の制約がなされるのであり、その意味で、制約される権利の質ということが、そこに組み込まれているのだという解釈も可能」であることを指摘している。大澤・前掲注359）5頁が指摘するように、「両者を過度に対立的に捉えることは適当ではない」だろう。

³⁶⁴ 石田・前掲注357）98頁。

³⁶⁵ 井上・前掲注359）9頁。GPS 捜査は対象者に告げずに行うことに意味がある以上、そもそも捜査として成り立たないともいえよう。

上のもののみならず、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを可能にする。」
「このような捜査手法は、個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うから、個人のプライバシーを侵害し得るものであり、また、そのような侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着することによって行う点において、公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりするような手法とは異なり、公権力による私的領域への侵入を伴うものというべきである。」と説示し、GPS 捜査の性質について類型的に述べている。強制処分性の問題に関する判示の中で特筆すべきなのは、第一に、実際に行われた GPS 捜査の個別的事情、例えば、本事案における捜査の必要性や緊急性、使用された GPS 端末の誤差、実際に侵害された権利利益の内容・程度等について認定していない点である³⁶⁶。

本件原審は GPS 捜査の法的性質について特に判断していないが、「本件で実施された GPS 捜査は、一連の窃盗事件の犯人らが移動のために使用する蓋然性があるものと認められた車両を対象に発信器を取り付け、警察官らにおいて、多数回連続的に位置情報を取得したというものであって、これにより取得可能な情報は、尾行・張り込みなどによる場合とは異なり、対象車両の所在位置に限られ、そこでの車両使用者らの行動の状況などが明らかになるものではなく、また、警察官らが、相当期間（時間）にわたり機械的に各車両の位置情報を間断なく取得してこれを蓄積し、それにより過去の位置（移動）情報を網羅的に把握したという事実も認められないなど、プライバシーの侵害の程度は必ずしも大きいものではなかったというべき事情も存する」と述べており、本件 GPS 捜査に伴う権利侵害の程度は大きいものではないとの見方をしている³⁶⁷。原審が具体的な事情に即したのに対し、最高裁は個別的事情によらず GPS 捜査の一般的な特性から強制処分性を導いている。強制処分該当性を判断する際には、かりに捜査の必要性、緊急性など具体的事情が付け加わっても、特別の根拠規定がない限り、その手段を許容することが相当でないような類型的な事情を基礎とすべきであると理解されており³⁶⁸、最高裁の本判決における GPS 捜査の特性についての説示は、このような理解を前提としたものといえる³⁶⁹。

第二に、本判決は、GPS 捜査による被侵害利益の内容程度とともに侵害の態様について具体的に踏み込んだ説示をしている。全体の説示を見ると、GPS 端末の装着により個人の行動を継続的、網羅的に把握できる状態にすることをもって、憲法の保障する重要な法的利益の侵害（私的領域への侵入）に当たるとしている³⁷⁰。「個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うから、個人のプライバシーを侵害し得る」と述べていることか

³⁶⁶ 伊藤＝石田・前掲注 354) 109 頁。

³⁶⁷ 大阪高判平成 28 年 3 月 2 日。

³⁶⁸ 香城敏磨「判解」最判解刑事篇昭和 51 年度 73 頁；酒巻匡『刑事訴訟法』28 頁以下（有斐閣、2015 年）。

³⁶⁹ 伊藤＝石田・前掲注 354) 109 頁；宇藤・前掲注 357) 152 頁。

³⁷⁰ 伊藤＝石田・同上 110-111 頁。

ら、「継続性・網羅性」が被侵害利益に対する侵害の態様として重要な要素であることがわかる。GPS 捜査が強制処分とされるのは、GPS が個人の行動を継続的、網羅的に把握し得る特性にあると理解していると見て良い。

本判決は、強制処分性の認定において GPS 端末の個人の所持品への装着に着目しているようにも読めるが、装着を伴わないからといって強制処分性が否定されるわけではない³⁷¹。そうであれば、所持品へのアクセスといえる装着行為をもってしても、所持品への侵入ではなく私的領域への侵入と構成していることから、装着行為がなくても同様の結論が導かれ得る。GPS 端末の「装着」についての説示は、従来任意捜査として行われてきた継続性・網羅性を持ち得る他の捜査手法一例えば尾行一に本判決の射程を及ぼさない狙いが伺えるが、強制処分性の判断においてはそれ以上の意義を有しないと思われる。もっとも、検証該当性の判断においては大きな意味を持ち得るので、この点については後述する。

GPS 捜査による被侵害利益は「住居、書類及び所持品…に準ずる私的領域に侵入されることのない権利」であるが、これを侵害する捜査の態様の一つが、個人の行動の継続的・網羅的把握であることが本判決により示されている。ここに言う「侵入」とはどのように理解すべきだろうか。合衆国判例の *Jones* では車両に GPS 端末を取り付けたことをもって、所持品への侵入に当たると構成された。これは、装着行為によって車両という所持品への物理的侵入が行われたことを意味している。これに対し平成 29 年判決は、車両という所持品への GPS 端末の装着をもって「侵入」と構成しているわけではない。本判決で物理的な侵入があるとすれば車両への GPS 端末の装着であるが、最高裁がこの点を「侵入」として問題にしてはいない。もしそうであれば端的に「憲法 35 条の保障する所持品への侵入」と構成すれば足りるからである³⁷²。したがって物理的侵入は行われていない事案と理解すべきであろう。機器を通して把握される所在が私的領域ということであるならば、機器を通して所在を把握することが私的領域への「侵入」ということになる。したがって我が国において、憲法 35 条に言う私的領域への「侵入」概念は、物理的侵入だけでなく非物理的侵入も含むものと最高裁が理解していることを意味する。

そして、「住居、書類及び所持品」と同様に、それに準ずる「私的領域」への非物理的侵入を強制処分として、強制処分法定主義及び令状主義による強い保障を与えている。ここには、住居や所持品等に関するプライバシーがまず保護されるべき私的領域であるという前提があり³⁷³、これらを「聖域」として捉える合衆国最高裁判例の *Kyllo* 判決と類似した発想があるといえよう³⁷⁴。

³⁷¹ 伊藤＝石田・同上。

³⁷² 井上・前掲注 357) 67 頁。

³⁷³ 田口守一「搜索・差押えにおけるプライバシー保護」現代刑事法 5 巻 5 号 17 頁 (2003 年)。また、住居を聖域とする考え方に関して、渥美・前掲注 93) 25 頁は「城の法理」の重要性を指摘している。

³⁷⁴ 拙稿「GPS 捜査とプライバシー概念」中央大学大学院研究年報 47 号 113 頁、115-

(2) GPS 捜査の検証該当性について

(a) 「装着」と検証

強制処分性が肯定されると、令状主義との関係から、当該捜査手法が現行刑法上のどの強制処分に位置付けられるかが次の問題となる。平成 29 年判決では、GPS 捜査を検証として行うことができるかが争われた。最高裁は次のように説示している。「GPS 捜査は、情報機器の画面表示を読み取って対象車両の所在と移動状況を把握する点では刑法上の『検証』と同様の性質を有するもの(①)」、「対象車両に GPS 端末を取り付けることにより対象車両及びその使用者の所在の検索を行う点において、『検証』では捉えきれない性質を有することも否定し難い(②)」。

検証とは、五官の作用によって、対象の存否、性質、状態、内容等を把握する強制処分である³⁷⁵。その意味で、情報機器の画面表示を読み取って所在を把握する点を、検証と同様の性質を有するとしている。②の説示は大部分が①の言葉を変えた繰り返しに近く、加味されているのは GPS 端末の「装着」である。そうであれば、対象車両への GPS 端末の「装着」行為をもって、検証では捉えきれない性質と判断していることになる。

この点につき、宅配便に対するエックス線検査が検証に当たるとされた判例³⁷⁶と、検証許可状による電話傍受が適法とされた判例³⁷⁷が参考になる。検証が「五官の作用による」ことを前提としていることから、エックス線は目、電話検証は耳に直接的に代わる装置といえる。このような場合には検証として捉えられるが、GPS 端末の場合、その装置自体は何ら五官の作用に代替するものではない。装着して初めて、視覚により位置情報を取得することができる。したがって GPS 端末の「装着」は検証に先立つ、性質の異なる行為であり、検証それ自体として捉えることができない行為である。「装着」という性質の異なる処分が介在することにより検証の枠内から出てしまうといえよう。「装着」がなければ検証として行うことができるとは必ずしもいえないが、少なくとも「装着」行為が検証該当性の判断における重要な一考慮要素となることは指摘できる。

装着行為について、強制処分性の判断においては大きな意味を持っていないが、検証該当性の判断においては考慮要素となり得ることは既に述べた通りであるが、そもそも、捜査手法の態様が、強制処分性と検証該当性の判断において異なる評価を与えることはあり得るのであろうか。強制処分該当性は、意思の制圧と重要な利益の制約から導かれるため、GPS 捜査のような秘匿捜査が問題となっている場合、判断の実質は被侵害利益の内容が重要な要素となる。強制処分性の判断について、被侵害利益という観点からではなく、情報コスト

116 頁 (2017 年)。

³⁷⁵ 平成 11 年決定・前掲注 357)。

³⁷⁶ 最三決平成 21 年 9 月 28 日刑集 63 卷 7 号 868 頁。

³⁷⁷ 前掲注 357)。

及び権限の濫用という観点から再構成を試みる見解もある³⁷⁸。強制処分法定主義は、国民が国会を通して承認した、国家により権利利益が制約され得る一定の場合を示したものである³⁷⁹。したがって強制処分か否かの判断に当たり、採られた捜査手法により侵害され得る権利利益が何なのか、それはどの程度重要なものなのかという判断がなされるのはごく自然なことであり不可欠ともいえる³⁸⁰。このような観点からの判断がなされなければ、採られた捜査手法により侵害される権利利益が、国民が制約されることを許した権利利益であるかどうか確定することができないのである。

他方、検証該当性の判断においては、強制処分であることを前提に、当該捜査手法をどの類型に当てはめるかの問題であるため、当該強制処分を既存の類型—捜索、差押、検証等—に区別することが求められる。各類型に区別するという事は、それぞれが性質の異なる処分であることが前提となっており、どの性質を有するか判断においては採られた捜査手法の態様—「装着」等—は重要な要素となる。

(b) 条件付令状

さらに、平成 29 年判決が検証許可状の発付と併せて捜索許可状の発付を受けることについて言及していることも、端末の装着により、捜索としての性質を帯びることを示唆していると評価できる。これは、強制採尿について、「医師をして医学的に相当と認められる方法により行わせなければならない」旨の条件を付した捜索差押令状によって行うことを許容した判例³⁸¹、「捜査機関以外の第三者を立ち合わせて、対象外と思量される通話内容の傍受を速やかに遮断する措置を採らせなければならない旨を検証の条件として付することができる」と述べて検証許可状による電話傍受を適法とした判例³⁸²を念頭においた説示と思われる。強制採尿においては、それが身体内部への侵襲にわたる点に着目した身体検査と共通の性質を前提として、身体検査令状に関する規定を捜索差押に準用した。しかし、GPS 捜査が、憲法 35 条の保障する権利を侵害するものであっても、強制採尿と同様の前提に立っていないことは明らかである。とはいえ、条件付令状に対しては裁判所による新たな令状の創出であるという批判もあるが³⁸³、条件の付加が強制処分の範囲、程度を縮減させる方向に作用する場合には許されて良いと解される。このような思考から本件においても GPS 捜査を条件付捜索令状で行うことを可能とする法解釈もあり得るところではあった。しかし、最高裁は、このような条件付捜索令状によることを否定した。最高裁は「GPS 捜査は、GPS

³⁷⁸ 稲谷・前掲注 355)。

³⁷⁹ この意味で、強制処分法定主義は「民主的統制」を受けると言われる。酒巻匡「刑事手続における任意手段の規律について」法学論叢 162 巻 1-6 号 91-92 頁 (2008 年)。

³⁸⁰ 酒巻・同上 95 頁。

³⁸¹ 最一決昭和 55 年 10 月 23 日刑集 34 巻 5 号 300 頁。

³⁸² 前掲注 357)。

³⁸³ 酒巻匡「令状における条件の付加について」研修 658 号 3 頁 (2003 年)。

端末を取り付けた対象車両の所在の検索を通じて対象車両の使用者の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うものであって、GPS 端末を取り付けるべき車両及び罪名を特定しただけでは被疑事実と関係のない使用者の行動の過剰な把握を抑制することができず、裁判官による令状請求の審査を要することとされている趣旨を満たすことができないおそれがある」と説示している。ここに言う「裁判所による令状請求の審査を要することとされている趣旨」は、前述したように強制処分法定主義が、国民が国会を通して承認した、国家により権利利益が制約され得る一定の場合を示したものであるとの理解に基づけば、令状主義は、採られる捜査手法により侵害され得る権利利益が民主的に承認された範囲に留まるものであることを、第三者である裁判官の視点から確認する趣旨と理解できる³⁸⁴。

令状は、被疑事実、捜索すべき場所及び押収すべき物を特定して明示しなければならず、対象は被疑事実との関連性を有するものに限定される。電話検証に関する平成 11 年決定では、電話傍受を許容する一定の要件について、裁判官が捜査機関から提出される資料により、当該電話傍受が要件を満たすか否かを事前に審査することが可能であることが重視されている。傍受すべき通話、傍受の対象となる電話回線、傍受実施の方法及び場所、傍受できる期間をできるだけ限定し、被疑事実と関係のない通話である場合には傍受を遮断するスポット傍受という方法を採用することができることも踏まえて、特定性の要請を満たすことが可能であると判示されている。これに対し、GPS 捜査はその特性上、個人の行動の継続的・網羅的把握を必然的に伴う。また、取得する情報が、これからなされる未来のことという点では電話傍受と類似する一電話傍受の場合には取得されるのは未来の会話であり、GPS 捜査の場合には未来の位置情報である一ものの、GPS 捜査の場合には対象車両と被疑事実が特定されていても、どのような条件を付すべきか、令状請求を審査する裁判官の判断に委ねられており実質的に異なる条件を付した令状が種々発付されるおそれがある³⁸⁵。対象車両がどこへ移動しようとしているのか、それが被疑事実と関係があるのかということは継続的・網羅的に把握しなければ判明せず、強制採尿や電話傍受のように有効な条件を付して特定することはほぼ不可能といえる³⁸⁶。このような理解から、本判決が GPS 捜査については条件付令状によることを否定したものである。

(3) 平成 29 年判決の意義

³⁸⁴ この意味で、令状主義は「司法的統制」を受けると言われる。酒巻・前掲注 379) 91-92 頁。井上正仁「令状主義の意義」『刑事訴訟法の争点』(有斐閣、2013 年) 74-75 頁は、令状主義の保障の趣旨について「対象となる人や場所・目的物について、逮捕や捜索・押収を行う根拠—『正当な理由』—が存在することを予め裁判官に確認させ、当の人や場所・目的物を令状の上に明示させて、その範囲でのみ逮捕や捜索・押収を行うことを捜査機関に許すことにより、捜査機関の恣意ないし裁量の濫用・逸脱などによる不当な権利侵害の余地を封じるところにある」と説明している。

³⁸⁵ 伊藤＝石田・前掲注 354) 114 頁。

³⁸⁶ 後藤・前掲注 357) 6 頁。

本判決は、捜査手法の強制処分性を判断する際に依拠すべき方法を示した。すなわち、特定の捜査手法が問題となった時、当該事案における個別的事情を考慮して、「実際に」侵害された権利利益の内容及び程度に即して具体的に処理するアプローチを採らずに、特定の捜査手法の一般的類型的な性質に基づくアプローチを採った。GPS 捜査については、その法的性質ないしいかなる令状により実施することが可能かという点について議論が尽くされないまま、内々に任意捜査として実施されてきたものであり、下級裁判所における判断も異なっている状況の中で、本件が最高裁に係属した。最高裁は、強制処分該当性について、今後の捜査実務及び裁判実務に一定の明確性を与えるべく一般的類型的な判断をしたものと思われる³⁸⁷。

秘密裏に行われる捜査においては有形力の行使がないため意思制圧を観念できないという観点から、任意捜査と強制捜査に関する昭和 51 年決定の基準は有形力行使の事案に限定されるという見解も多かった。しかし本判決が、GPS 捜査という純粹には意思の制圧を考えられない事案においても昭和 51 年決定の判断枠組みを採用したことにより、昭和 51 年決定の基準を広く捜査一般を規律する基準へと押し進めたといえよう³⁸⁸。

我が国において、検証として行える範囲ははっきりしない。しかし平成 29 年判決が検証の外延を一定程度画定したといえよう³⁸⁹。少なくとも、所持品への「装着」を伴う捜査手法は検証の枠を出ることを明らかにした点で意義を有する。同時に、位置情報を取得する捜査を全面的に禁止したものではなく、「装着」を伴わない手法で位置情報が取得される場合には、未だ検証として行い得る余地を残した判断である。したがって本判決は、GPS 端末を個人の所持品に秘かに装着して位置情報を検索し把握する捜査手法に関する判断を示したものである³⁹⁰。

本判決は、令状請求を受けた裁判官が GPS 捜査を可能とするために刑訴法上の令状を発付することは基本的に想定していないものと思われ³⁹¹、現行法上、装着型の GPS 捜査を行う途がほとんど閉ざされたといえる³⁹²。位置情報に関連して、装着を伴わない携帯電話等の位置情報・基地局情報を取得するために、検証許可状を取得してサービスプロバイダの協力を得て提供してもらうという現在の捜査実務を踏まえると、カーナビや携帯電話のリアルタイムの位置情報について、あるいは過去の位置情報について、検証許可状を取得したうえでサービスを提供する会社に協力を求めることで情報を取得するという手法が多用されることとなるであろう。

³⁸⁷ 井上・前掲注 357) 66 頁。

³⁸⁸ 石田・前掲注 357) 98 頁。

³⁸⁹ 宇藤・前掲注 357) 152 頁。

³⁹⁰ 伊藤＝石田・前掲注 354) 111 頁。

³⁹¹ 同上 115 頁。

³⁹² 前田・前掲注 357) 31 頁は、「少なくとも本判決の効果は、『GPS 捜査の実質的な停止』を意味する」と評価する。

本件の射程であるが、最高裁は、個人の行動の継続的・網羅的把握を、憲法 35 条における「侵入」と構成しており、GPS 捜査による、憲法 35 条の保障する私的領域への「侵入」は物理的なものに限定されていない。したがって、「装着」を伴わない GPS 捜査の場合にも本件の射程が及び得る。また、本判決は、強制処分性を肯定するに当たり、GPS 捜査の「公道上のもののみならず、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを可能にする」性質に基づいた。このことから、同様の性質を持つ GPS 以外の捜査手法——ドローンによる追跡等——が問題となった場合には本判決の射程が及ぶ余地がある。

本件 GPS 捜査はそもそも無令状で実施されており、検証令状を取得して行うことができるか否かに関する判断は傍論に留まる。それにもかかわらず、大法廷という場で、そこまで踏み込んだ見解を述べたのは、GPS 捜査が犯罪捜査において非常に有効な手法となり得ることから、プライバシーを開披され得る国民自らが、プライバシーを開披されて良い一定の場合——要件等——を承認するという、まさに民主的統制に服させる意識から、立法を促すためであったと思われる³⁹³。

検証該当性に関する判断が傍論に留まるとしても、今後、検証として行うことのできる捜査手法の限界が模索されてゆくであろう。この点につき本章では、機器等の「装着」行為が、検証としての性質を逸脱する一つの考慮要素となり得るという視点を提供した。

本判決は最後に「GPS 捜査が今後も広く用いられ得る有力な捜査手法であるとすれば…立法的な措置が講じられることが望ましい」と述べている。前述のように本判決が、個人の行動の継続的・網羅的把握を伴うことを問題視している以上、今後、GPS 捜査に関して立法的対応が採られるならば、一般的に位置情報に関わるものとして対処されることが望ましい。

³⁹³ 同上 33 頁は、「『三権分立の理念に立ち戻る司法謙抑主義＝立法による解釈への傾斜』への変化が見られる」と分析する。

第五章 リモート・アクセスをめぐる問題

一. 最高裁令和3年2月1日決定

科学技術の捜査への転用は、リモート・アクセスをどのように規律するかという問題を生じさせる。合衆国において Riley 判決で「ますます多くの携帯電話が、クラウド・コンピューティングを利用するよう設計されている」と言われているが、クラウド・コンピューティングは携帯電話に限らず、パソコンなどでも通常利用されている。Riley 判決において、被疑事実との関連性をどのように担保するかという問題が課題として残されていることはすでに述べたとおりである。この点、我が国においては、コンピュータ・ネットワークが高度に発展し、リモート・アクセスがかなり一般化したことを受けて、平成23年にリモート・アクセス等に関する条文が追加されている。

一般に搜索差押令状の執行において、捜査官は差押の現場で、差し押さえようとしている物が被疑事実との関連性を有する物であることを確認することが求められているが、この要求はリモート・アクセスにおいても同様である。しかし、リモート・アクセスによる複製の処分を許可する搜索差押令状が発付されている場合において、その差押の現場で電磁的記録の内容を確認することが困難である状況が考え得る。このような状況というのは、大量の情報を容れることができる上、分書類のようにはそれ自体に可視性・可読性がなく、情報の処理・加工・消去等が容易であるという特徴を有する電磁的記録においてはより一層生じ得る³⁹⁴。そこで、個々の内容を確認せず複製の処分を行うことができるかが問題となる。

最高裁令和3年2月1日決定は、我が国の最高裁がリモート・アクセスに関して初めて判断を示した事案である。本件では、被告人らが共に管理・運営するインターネットサイト「X」において、①投稿者らが投稿サイト「X 動画アダルト」のサーバコンピュータにわいせつ動画データを記録・保存し、もってわいせつな電磁的録に係る記録媒体を公然と陳列し（刑法175条1項前段）、②配信者らが配信サイト「X ライブアダルト」の映像配信システムを利用してわいせつな映像を即時配信し、もって公然とわいせつな行為をした（刑法174条）ことにつき、被告人両名に共同正犯が成立するかが争われた³⁹⁵。事案の概要は以下の通

³⁹⁴ 池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義 第7版』178-179頁（東京大学出版会、2022年）。

³⁹⁵ 伊藤嘉亮「判批」法律時報91巻5号150頁（2019年）。本件評釈に関し、岩崎正「判批」新・判例解説 Watch 文献番号 z18817009-00-081422038（2021年）、田中優企「判批」法学教室490号149頁（2021年）、指宿信「判批」Law & Technology 92号40頁（2021年）、四方光「判批」法学教室491号75頁（2021年）、星周一郎「判批」刑事法ジャーナル69号264頁（2021年）、吉戒純一「判批」ジュリスト1562号98頁（2021年）、高橋直哉「判批」法学教室493号142頁（2021年）、齋藤司「判批」Law & Technology93号42頁（2021年）、川出敏裕「判批」論究ジュリスト37号121頁（2021年）、水谷恭史＝関口和徳「判批」季刊刑事弁護109号140頁（2022年）、横山裕一「判批」日本大学法科大学院法務研究19号95頁（2022年）、照沼亮介「判批」ジュリスト臨

りである。

ア 警察官は、平成26年9月30日、インターネットサイト「X」の運営管理会社である株式会社Yの業務全般を共同で統括管理するZ及び被告人甲並びにYの代表取締役である被告人乙らが共謀の上、同サイトにおいて公然わいせつ幫助、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律違反の各犯行に及んだことを被疑事実とする搜索差押許可状に基づき、Y事務所及び付属設備において、搜索差押の執行を開始した。

上記搜索差押許可状は、「差し押さえるべき物」として、「パーソナルコンピュータ」等が記載されているほか、「差し押さえるべき電子計算機に電気通信回線で接続している記録媒体であって、その電磁的記録を複写すべきものの範囲」として、「差し押さえるべきパーソナルコンピュータ（中略）からの接続可能なファイル保管用のサーバの記録媒体の記録領域であって、当該パーソナルコンピュータ等の使用者に使用されているもの」、「差し押さえるべきパーソナルコンピュータ（中略）からの接続可能なメールサーバの記録媒体の記録領域であって、当該パーソナルコンピュータ等の使用者のメールアドレスに係る送受信メール、その他の電磁的記録を保管するために使用されているもの」が記載された、リモートアクセスによる電磁的記録の複写の処分を許可した令状であった。

イ 警察官は、上記搜索差押の実施に先立ち、Y社ではアメリカ合衆国に本社があるA社の提供するメールサービス等が使用されている疑いがあり、令状に基づきメールサーバに等にアクセスすることは外国の主権を侵害するおそれがあると考えられたことから、日本国外に設置されたメールサーバ等にメール等の電磁的記録が蔵置されている可能性があることが判明した場合には、令状の執行としてのリモートアクセス等を控え、リモートアクセス等を行う場合には、当該パソコンの使用者の承諾を得て行う旨事前に協議していた。

ウ 警察官は、上記イの方針に基づき、被告人兩名を含むY社の役員や従業員らに対し、メールサーバ等にリモートアクセスをしてメール等をダウンロードすること等について承諾するよう求め、アカウント及びパスワードの開示を受けるなどしてリモートアクセスを行い、メール等の電磁的記録の複写を行ったパソコンについては、被告人乙から任意提出を受ける手続をとった（手続ア）。しかし、警察官は、Y関係者に対し、上記リモートアクセス等は任意の承諾を得て行う捜査である旨の明確な説明をしたことはなく、原判決は、手続アについて、Y関係者は上記搜索差押許可状等の執行による強制処分と誤信して応じた疑いがあるから任意の承諾があったとは認められない旨判断しており、この判断が不合理であるとはいえない。

エ 上記搜索等が開始された同日以降、Y社事務所において、メール等を使用者のパソコンに複写する作業等が続いたが、なお相当の時間を要すると見込まれ、終了のめどが立っていない状況において、Yは、警察官に対し、よりYの業務に支障が少ない方法として、警察

時増刊1570号131頁〔令和3年度重要判例解説〕（2022年）、中野目善則「判批」ジュリスト臨時増刊1570号147頁〔令和3年度重要判例解説〕（2022年）、竹内真理「判批」ジュリスト臨時増刊1570号248頁〔令和3年度重要判例解説〕（2022年）など。

のパソコンでメールサーバ等にアクセスできるアカウントを付与するなどしてY事務所以外の場所でダウンロード等ができるようにする旨の提案を行った。その範囲や方法等について、Yの幹部と警察官との間で、Yの顧問弁護士も交えて協議が行われ、最終的に被告人乙が同年10月3日付けで承諾書を作成した。警察官は、これに基づき、Y事務所外の適宜の機器からリモートアクセスを行い、電磁的記録の複写を行った（手続イ）。

オ 各リモートアクセスの対象である記録媒体は、日本国外にあるか、その蓋然性が否定できないものである。なお、上記リモートアクセス等について、外国から反対の意思が表明されていたような事情はうかがわれない。このような事実関係の下、最高裁は上告を棄却し、職権で以下のように判示した。

所論は、日本国外に所在するサーバへのリモートアクセスによる電磁的記録の取得行為は、現行刑法によつては行うことができず、あくまで国際捜査共助によるべきものであるところ、警察官が、これらの点を認識した上、国際捜査共助を回避し、令状による統制を潜脱する意図の下に手続ア、イを実施した行為は、サーバ蔵置国の主権を侵害するものであり、重大な違法があるから、各手続によって収集された証拠は違法収集証拠として排除すべきである旨主張する。

しかしながら、刑法99条2項、218条2項の文言や、これらの規定がサイバー犯罪に関する条約（平成24年条約第7号）を締結するための手続法の整備の一環として制定されたことなどの立法の経緯、同条約32条の規定内容等に照らすと、刑法が、上記各規定に基づく日本国内にある記録媒体を対象とするリモートアクセス等のみを想定しているとは解されず、電磁的記録を保管した記録媒体が同条約の締結国に所在し、同記録を開示する正当な権限を有する者の合法的かつ任意の同意がある場合に、国際捜査共助によることなく同記録媒体へのリモートアクセス及び同記録の複写を行うことは許されると解すべきである。

その上で、まず、手続アにより収集された証拠の証拠能力について検討すると、手続アは、Y関係者の任意の承諾に基づくものとは認められないから、任意捜査として適法であるとはいえず、上記条約32条が規定する場合に該当するともいえない。しかし、原判決が説示するとおり、手続アは、実質的には、司法審査を経て発付された前期捜査差押許可状に基づく手続ということができ、警察官は、同許可状の執行と同様の手続により、同許可状において差押等の対象とされていた証拠を収集したものであって、同許可状が許可する処分の範囲を超えた証拠の収集等を行ったものとは認められない。また、本件の事実関係の下においては、警察官が、国際捜査共助によらずにY関係者の任意の承諾を得てリモートアクセス等を行うという方針を採ったこと自体が不相当であるということとはできず、警察官が任意の承諾に基づく捜査である旨の明確な説明を欠いたこと以外にY関係者の承諾を強要するような言動をしたとか、警察官に令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとも認められない。以上によれば、手続アについて重大な違法があるということとはできない。

なお、所論は、令状主義の統制の下、被疑事実と関連性の認められる物に限って差押が許

されるのが原則であり、警察官は、被疑事実との関連性を問わず包括的に電磁的記録を取得した違法があるとも主張する。しかし、前記の事実関係に照らすと、前記捜索差押許可状による複写の処分の対象となる電磁的記録には前期被疑事実と関連する情報が記録されている蓋然性が認められるところ、原判決が指摘するような差押の現場における電磁的記録の内容確認の困難性や確認作業を行う間に情報の毀損等が生ずるおそれ等に照らすと、本件において、同許可状の執行に当たり、個々の電磁的記録について個別に内容を確認することなく複写の処分を行うことは許されると解される。所論は採用することができない。

また、(本件の)経過によれば、手続ア、イについてのY関係者の承諾の効力を否定すべき理由はないとした原判断が不合理であるとはいえず、上記で説示したところにも照らすと、手続イについて重大な違法があるということとはできない。

以上によれば、警察官が手続ア、イにより収集した証拠の証拠能力は、いずれも肯定することができ、これと同旨の原判決の結論は正当である。

なお本決定には三浦守裁判官の補足意見が付されている。三浦裁判官の補足意見は以下の通りである。

リモートアクセスをして記録媒体から電磁的記録を複写するなどして収集した証拠の証拠能力について補足する。電磁的記録を保管した記録媒体が外国に所在する場合に、同記録媒体へのリモートアクセス及び同記録の複写を行うことは、当該外国の主権との関係で問題が生じ得るが、法廷意見が説示するとおり、その記録媒体がサイバー犯罪に関する条約の締約国に所在し、同記録を開示する正当な権限を有する者の合法的かつ任意の同意がある場合に、国際捜査共助によることなく同記録媒体へのリモートアクセス及び同記録の複写を行うことは許されると解される。

本件においては、手続ア及びイの各リモートアクセスの対象である記録媒体は、日本国外にあるか、その蓋然性が否定できないものであって、同条約の締約国に所在するか否かが明らかではないが、このような場合、その手続により収集した証拠の証拠能力については、上記の説示をも踏まえ、権限を有する者の任意の承諾の有無、その他当該手続に関して認められる諸般の事情を考慮して、これを判断すべきものと解される。

我が国の刑事訴訟法は平成23年の法改正により、218条2項で、差し押さえるべき物がコンピュータである場合にリモート・アクセスによる複写の処分を行うことを認めている。本件は第一に、リモート・アクセスを行いたいサーバが日本国外に所在する可能性があった事案で、国境を越えるリモート・アクセスの可否が問題となる。すなわち、218条2項の規定は、アクセス先が国内所在の記録媒体に限られるかという問題である。

第二に、本件では、差押対象となっているサーバ内の各記録について、その内容を個別に確認することなく、一括して複写が行われた。そのため、被疑事実との関連性の観点から、包括的差押に当たらないかが問題となり得る。

第三に、手続イ、すなわちY事務所外の適宜の場所から、被押収物とは異なる端末を用い

てリモート・アクセスしたこと（いわゆるオンライン検索）の適法性が問題となり得る。

1. 越境リモート・アクセスの可否

差し押さえるべきコンピュータに接続されている遠隔のサーバ等から、記録媒体に複製した上で、当該媒体を差し押さえることについては、搜索差押に伴う一般的な要件を充足している限り許容される³⁹⁶。

しかし、こうした遠隔のサーバ自体は必ずしも日本国内に所在するとは限らない。そこで、国内からアクセス可能であってもアクセス先となるサーバが国外に蔵置されている場合について、国際的に統一された見解はないものの、我が国では、サーバ蔵置国の主権侵害を問題とする指摘が多く見られる。

リモート・アクセスの適法性に関しては、東京高裁平成 28 年 12 月 7 日判決が、非常に制限的な判断を示していた。東京高裁平成 28 年判決は、リモート・アクセスによる複製が許可された搜索差押許可状に基づきパソコンを差し押さえたが、差押時点でパソコンへのログインパスワードが判明しなかったことから、リモートアクセスによる複製を行わず、後日、当該パソコンを検証すべき物とする検証許可状を得て、その執行に必要な処分として、当該パソコンの内容を複製したパソコンからインターネットに接続してメールサーバにアクセスし、メール等を閲覧、保存したという事案であった。そこでは、「サーバコンピュータが他国に存在している場合にこれにアクセスすることは、コンピュータネットワークが他国からアクセスされることを当然の前提とするシステムであるとしても、その国の主権に対する侵害が問題となり得る」という第一審の判断を是認し、「サーバが外国にある可能性があったのであるから、捜査機関としては、国際捜査共助等の捜査方法を取るべきであった」と説示し、メール・サーバへのアクセスについて「本件検証許可状に基づいて行うことができない強制処分」で違法な捜査だと判断された。なお、検証における違法が重大であるとして、検証調書等の証拠について証拠能力が否定されている。

国境を基準に外国主権を問題とするのは、現実空間においては、捜査をはじめとする刑事司法に関する各種権限を他国に及ぼすことは、当該他国の主権を侵害するものである、とする前提が所与のものとしてあるからである³⁹⁷。だからこそ、犯罪人引渡しや捜査共助といった国際的な刑事司法に関する制度が必要とされ、構築されてきたのといえる³⁹⁸。

しかし、リモート・アクセスによる複製の処分は、サイバー犯罪に関する条約締結に必要な国内法整備の一環として成立したものである。このことを踏まえると、従来の考え方が完全に妥当しているとは言い難いと考えられる。リモート・アクセスによる複製の処分は、令状記載の場所とは地理的に異なる場所にある電磁的記録の取得をも許す点で、従来の搜索

³⁹⁶ 星周一郎「サイバー空間の犯罪捜査と国境・覚書き」警察学論集 73 巻 4 号 72 頁 (2020 年)。

³⁹⁷ 同上 77 頁。

³⁹⁸ 同上。

差押が前提としていた枠組みを拡張するものである。それは、コンピュータ・ネットワーク、サイバー空間というものの特質を考慮した結果だといえるだろう。そうであれば、サイバー空間のボーダーレスな特質を無視して、サーバの所在が国内か国外かでリモート・アクセスによる複写の可否を分けることは適切でない。

また、リモート・アクセスによる複写が許されるのは国内所在のサーバに限られると解釈することの現実的な問題として、国際捜査共助を要請しようにも、セキュリティの問題から、サーバの蔵置国が判明しないためにどの国に要請すれば良いのか判然としない場合も多く、結局は何もできないということが挙げられる³⁹⁹。さらに、使用者本人もサーバの所在を知らずに利用していることがほとんどであり、逆に捜査を受けることを避けるために、国外に所在するサーバを選んで利用する場合もあるとすれば、重大犯罪に関与していたり、犯罪に近いところにいる狡猾な者であるほどリモート・アクセスによる複写の処分を行うことが困難になるという不利益も生じ得る。

218 条 2 項の文言を素直に見ると、差し押さえるべきコンピュータから保管のために接続されている蓋然性さえあればリモート・アクセスによる複写が認められ、サーバ所在地に関する限定を条文から直接導くことはできない。他方で、サイバー犯罪条約 32 条 b 項は、自国の領域内にあるコンピュータ・システムを通じて、他の締約国に所在するコンピュータ・データにアクセスし又はこれを受領することについて、コンピュータ・システムを通じて当該データを自国に開示する正当な権限を有する者の合法的かつ任意の同意が得られる場合に限り許されると規定している。この規定から、サーバ等の所在地に関する限定が導かれる。つまり、我が国の刑事訴訟法の規定と、サイバー犯罪条約の規定とを重ね合わせると、本判決が示したような「電磁的記録を保管した記録媒体が同条約の締約国に所在し、同記録を開示する正当な権限を有する者の合法的かつ任意の同意がある場合」には、国際捜査共助によることなく、リモート・アクセスによる複写の処分を行うことができるという解釈に至るのである。本件最高裁が 218 条 2 項の文言やサイバー犯罪条約 32 条の規定を踏まえた上で、上記のような判断を示したのは、前述の現状に鑑み、国際共助によるべきとすることで生じ得る捜査の困難さを考慮したものと理解できる。

2. 包括的差押え

本件で弁護側は、警察官は、被疑事実との関連性を問わず包括的に電磁的記録を取得した違法があると主張していた。記録媒体の包括的差押えが問題となった事案として最高裁平成 10 年 5 月 1 日決定がある。平成 10 年決定は、電磁的公正証書原本不実記録・同供用の被疑事実に関して、差し押さえるべき物を「組織的犯行であることを明らかにするための…フロッピーディスク、パソコン一式」と記載した捜索差押許可状に基づき、捜査官が、パソコン 1 台、フロッピーディスク 108 枚等を差し押さえたが、捜索場所では内容を確認しな

³⁹⁹ 同上 78 頁。

かったという事案である。この事案で最高裁は、次のように判示した。すなわち、「差し押さえられたパソコン、フロッピーディスク等は、本件の組織的背景及び組織的関与を裏付ける情報が記録されている蓋然性が高いと認められた上、申立人らが記録された情報を瞬時に消去するコンピュータソフトを開発しているとの情報もあったことから、搜索差押の現場で内容を確認することなく差し押さえられたものである。」「令状により差し押さえようとするパソコン、フロッピーディスク等の中に被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性が認められる場合において、そのような情報が実際に記録されているかをその場で確認していたのでは記録された情報を損壊される危険があるときは、内容を確認することなしに右パソコン、フロッピーディスク等を差し押さえることが許されるものと解される。」と。

上記判例は、差し押さえるべき物がフロッピーディスクであっても、搜索の現場において被疑事実との関連性の有無を確認して、当該フロッピーディスクが搜索差押許可状に記載された、「差し押さえるべき物」に当たるかどうかを1枚ずつ判断するのが原則であるということをも前提としている⁴⁰⁰。その上で、例外的に内容を確認せずに差し押さえることが許される事情として、①被疑事実との関連性を有する蓋然性、②関連性の有無をその場で確認していたのでは情報が損壊される危険性を挙げた。

令和3年決定の控訴審は、平成10年決定について、「必ずしも、内容を確認せずに電磁的記録媒体を差し押さえることが許される場合を…限定する趣旨で」はないと理解しており、捜査の実効性確保の観点から、既に電磁的記録が保存されている記録媒体をそのまま差し押さえる場合と同様、電磁的記録媒体の差押に伴うリモート・アクセスによる複写の処分においても、複写の対象とされている記録媒体の記録領域に保存されている電磁的記録について、被疑事実との関連性の有無を個別に確認せずに一括して収集することを許容すべき場合がある旨述べている。

しかし、控訴審の考え方は、「そもそも、リモート・アクセスにより複写することができる電磁的記録は、被疑事実との関連性が認められ差押対象物とされた当該電子計算機で、作成若しくは変更をした電磁的記録又は変更若しくは消去することができることとされている電磁的記録であるから、通常、被疑事実との関連性があると思料されるものと考えられる上、差押の現場において、これらの電磁的記録について、関連性の有無を逐一確認するよう求めることは、捜査における迅速性の要求に反するばかりか、捜査機関に現実的でない過大な負担を課す結果となるから、個々の電磁的記録について、個別に関連性の有無を判断しなければならないわけではないというべきである」というものである。このような控訴審の理解は、リモート・アクセスによる複写の処分においては、原則として、その場で被疑事実との関連性の有無を確認しなくて良いという趣旨と解され、平成10年決定の趣旨との関係では、原則と例外が逆になっているように思われる。

⁴⁰⁰ 平木正洋「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選 [第9版]』55頁（2011年）。

この点について、本決定は、「前記の事実関係に照らすと、前記捜査差押許可状による複写の処分の対象となる電磁的記録には前期被疑事実と関連する情報が記録されている蓋然性が認められる」とした上で、「差押えの現場における電磁的記録の内容確認の困難性や確認作業を行う間に情報の毀損等が生ずるおそれ等に照らすと、本件において、同許可状の執行に当たり、個々の電磁的記録について個別に内容を確認することなく複写の処分を行うことは許される」旨判示するに留まる。許容される場合があり得ることを示しつつ、控訴審が示したリモート・アクセスによる複写の処分に関する一般論は採用しなかった。

3. 刑訴法 218 条 2 項に基づくオンライン検索

本件では手続イ、すなわち Y 事務所外の適宜の場所から、被押収物とは異なる端末を用いてリモートアクセスしたこと（いわゆるオンライン検索）については、「承諾」が有効だとした高裁の認定を最高裁も是認しており、承諾に基づく任意捜査だと位置づけている。

高裁は、捜査機関のパソコン等からのリモートアクセスによる複写について「オンライン検索」という表現を用いている。これに関し、承諾による検索が許容される場合があることを前提とした判示だという理解も見られる⁴⁰¹。

承諾による検索を認めるべきか否かという問題を巡っては、一般にコンピュータに保管されている電磁的記録は膨大で、内容も多岐に渡る可能性があるため、犯罪捜査規範 108 条が「人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しくは船舶」については承諾による検索を禁止していることの趣旨も踏まえると、承諾による検索を容易に認めるべきではない。学説においても、承諾による検索を禁止する見解も多く見られる⁴⁰²。

本件においては、Y 事務所で 5 日間にわたって捜査が続き、メール等を使用者のパソコンにダウンロードする作業が行われていたが、なお相当の時間が必要であると見込まれ、終了の見通しが明らかでない状況下で、Y 側が、このまま Y 事務所での捜査が進行される場合との利害得失を検討した上で、より業務に支障が少ない方法として、捜査機関側に提案し、手続㉞の終了を条件に、手続㉟の方法がとられることになったという事情、具体的な範囲や方法等については、Y 側の顧問弁護士も交えて協議され、その後の作業中にも、Y 側の顧問弁護士と捜査機関との間で、進捗状況や複写の方法についてやり取りがなされており、Y 側は、捜査機関が複写する電磁的記録の範囲は認識していたという事情等が存在した。このような事情を踏まえると、本件は新規アカウントの任意提出・領置及びこれに続く任意の捜査として行われたと理解する方が良いと考えられる。いずれの理解をとっても、任意捜査の一般的な限界と同様に、必要性、緊急性なども考慮したうえ、相当と認められる限度でなければならない。この点、本件高裁が上記経緯の下で、手続イは手続アが進行されていた場合に行われる予定であった処分内容を超えるものではなかったといった事情を重視しているの

⁴⁰¹ 指宿信「判批」新・判例解説 Watch24 号 188 頁（2019 年）。

⁴⁰² 田宮・前掲注 336) 66 頁。

は、任意処分の限界、すなわち手続イが任意捜査であることを前提に、任意捜査としての相当性を肯定した趣旨と理解できる。

では、オンライン捜査を、刑事訴訟法 218 条 2 項に基づく強制処分として行うことができるか。これについての裁判所の立場は明らかでない。218 条 2 項は直接的には、差押対象のコンピュータによってリモート・サーバ等にアクセスし複製することを認める規定であるため、アクセス元が差押対象でないコンピュータであっても許されるのかということは 218 条 2 項の解釈問題となる。

218 条 2 項は、差し押さえるべき「電子計算機に電気通信回線で接続している記録媒体…から、その電磁的記録を当該電子計算機又は他の記録媒体に複製した上、当該電子計算機又は当該他の記録媒体を差し押さえることができる」と規定している。形式的には、複製が施された物理的な記録媒体を差し押さえるという規定になっているが、リモート・アクセスによる複製の処分対象はあくまでアクセス先の「電磁的記録」であり、本質的には電磁的記録の内容等を取得することを認めるものといえる。なぜなら、捜索すべき場所に所在するコンピュータやこれに物理的に接続されている記録媒体の取得であれば、通常の見つけ出しやその代替的執行としての複製を行えば良いのであって、リモート・アクセスについて考える必要がないためである。

我が国の刑事訴訟法が有体物を基準とするたてつけになっていることから、電磁的記録が化体された有体物たる記録媒体を差し押さえるという構造になっているが、リモート・アクセスによる複製の処分によって本質的に取得しようとするのは、その場所に所在しない電磁的記録である。よって、刑事訴訟法 218 条 2 項のその他の文言は、その複製すべき「電磁的記録」を合理的な範囲に限定する趣旨であると理解できる。このような理解を前提とすれば、刑事訴訟法 218 条 2 項は、リモート・アクセスによる複製を行う際にアクセス元となるコンピュータが、必ずしも差し押さえられたコンピュータであることを要しないと読む余地があり、218 条 2 項に基づく強制処分としてオンライン捜査を行うことも刑事訴訟法上可能と思われる。

4. 令和 3 年決定の意義

本決定は、一定の場合に、従来外国の主権を侵害すると考えられてきた国外に所在する記録媒体に対しても、国際捜査共助によることなく、リモート・アクセスによる複製を行うことができることを示した。本決定はさらにそのような状況について、一般論として、①アクセス先の記録媒体がサイバー犯罪条約締約国に所在すること、②記録を開示する正当な権限を有する者の同意がある場合を提示した。

捜査実務上の問題として、リモート・アクセスしようとしている記録媒体が締約国に所在するかどうか不明な場合も多いため、「電磁的記録を保管した記録媒体が同条約の締約国に所在し、同記録を開示する正当な権限を有する者の合法的かつ任意の同意がある」といえる場合は、そう多くない。この点、三浦裁判官は、条約の締約国に所在するか否かが明らか

ではない場合について、「その手続により収集した証拠の証拠能力については…権限を有する者の任意の承諾の有無、その他当該手続に関して認められる諸般の事情を考慮して」判断すべきである旨補足しており、上記捜査実務上の問題も併せると、アクセス先サーバの蔵置国の限定はほとんど意味を有しないことになり、承諾の有無のみが問題となる。そのため、将来実務においては関係者の承諾をとる手続に重きが置かれていくと考えられる。そのため、今後類似の事案における争点の中心は承諾の有効性に移行することが考えられる。この点、本件控訴審及び最高裁が承諾の有効性について厳格に認定していることも、事実認定の指標となるであろう。

国家が、どのような場合に、他国内に所在する蔵置されたコンピュータ・データに、相互援助を要請することなく、一方的にアクセスすることが認められるかという問題については、サイバー犯罪条約の起草過程でも、包括的で、法的拘束力がある制度を整備することはまだできないと判断され、最終的に、国家による一方的な行動が認められることに起草者全員が同意した場合を同条約 32 条に規定するにとどめ、その他の場合については、更に経験が集積され、それらを踏まえて議論ができるときまで規定しないという方針がとられた⁴⁰³。そのため、今後の事案の集積とサイバー犯罪条約に関する議論の進展が待たれる。

本決定はあくまで事例判断あるが、「搜索差押許可状による複写の処分となる電磁的記録に被疑事実と関連する情報が記録されている蓋然性が認められる」ことを前提に、「許可状の執行に当たり、個々の電磁的記録について個別に内容を確認することなく複写の処分を行うこと」が許される場合があり、その許否は、「差押えの現場における電磁的記録の内容確認の困難性や確認作業を行う間に情報の毀損等が生ずるおそれ等」が考慮要素となるとの判断枠組みを示唆した。これは同時に、フロッピーディスクの包括的差押に関する先例で問題となったような、情報を損壊される危険性は、包括的差押を許容し得る例外事情の一つであることを間接的に確認した判断といえる。

⁴⁰³ 本件控訴審 3 (6)ウ。

第六章 我が国におけるプライバシー概念

一. プライヴァシーを巡る先例

平成 11 年決定（電話検証の事案）においても、平成 21 年決定（宅配便のエックス線検査の事案）においても、最高裁は、被侵害利益として「プライバシー」を掲げた。しかし平成 29 年判決では、GPS 捜査がプライバシーを侵害し得るものであることを認めながらも、被侵害利益を直接にプライバシーとはせず「住居、書類及び所持品に…準ずる私的領域に侵入されることのない権利」とした。平成 29 年判決の中で、最高裁は「プライバシー」という表現と「住居、書類及び所持品に…準ずる私的領域に侵入されることのない権利」という表現を明確に使い分けている。平成 29 年判決は、「私的領域」という言葉を公道上での捜査と対比する意味で用い、憲法 35 条の問題として扱った。これは、少なくとも「公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりするような手法」は私的領域への侵入を伴わず、ゆえに憲法 35 条の問題にはならないことを意味している⁴⁰⁴。しかし、このような憲法 35 条の問題として扱われない捜査手法も、先例において強制処分性との関係でプライバシーが問題とされていたのである。我が国においてプライバシーというものはどのように理解されてきたか、プライバシーが問題とされた先例を整理する。

強制処分性との関係でプライバシーが問題となったと理解される事案として、①刑訴法 222 条の 2 制定前の電話傍受⁴⁰⁵、②宅配運送の過程下にある荷物の外部からのエックス線検査⁴⁰⁶、③前述の GPS 捜査⁴⁰⁷、④税関職員による郵便物の外装開披及び目視検査等⁴⁰⁸、⑤公道上での写真撮影⁴⁰⁹、⑥公道上およびパチンコ店内でのビデオ撮影⁴¹⁰、⑦犯罪の発生が予測される現場に設置されたビデオカメラによる犯罪状況の撮影録画⁴¹¹、⑧会話の一方当事者である警察官による会話内容の秘密録音⁴¹²が挙げられる。

①事案における電話傍受の経緯および事実の概要は以下の通りである。北海道警察旭川方面本部の警察官は、旭川簡易裁判所の裁判官に対し、氏名不詳の被疑者らに対する覚せい剤取締法違反被疑事件について、電話傍受を検証として行うことを許可する旨の検証許可状を請求した。警察官の提出した資料によれば、以下の事情が明らかであった。すなわち、犯罪事実は、営利目的による覚せい剤の譲渡しであり、その嫌疑は明白であった。同犯罪は、暴力団による組織的、継続的な覚せい剤密売の一環として行われたものであって、密売の態

⁴⁰⁴ 尾崎・前掲注 357) 48 頁。

⁴⁰⁵ 平成 11 年決定・前掲注 336)。

⁴⁰⁶ 平成 21 年決定・前掲注 376)。

⁴⁰⁷ 平成 29 年大法廷判決・前掲注 326)。

⁴⁰⁸ 最判平成 28 年 12 月 9 日刑集 70 卷 8 号 806 頁。

⁴⁰⁹ 最大判昭和 44 年 12 月 24 日刑集 23 卷 12 号 1625 頁。

⁴¹⁰ 平成 20 年決定・前掲注 324)。

⁴¹¹ 東京高判昭和 63 年 4 月 1 日。

⁴¹² 千葉地判平成 3 年 3 月 29 日。

様は、暴力団組事務所のあるマンションの居室に設置された電話で客から覚せい剤買受けの注文を受け、その客に一定の場所に赴くよう指示した上、右場所で覚せい剤の譲渡しに及ぶというものであったが、電話受付担当者と譲渡し担当者は別人であり、それらの担当者や両者の具体的連絡方法などを特定するに足りる証拠を収集することができなかった。右居室には二台の電話機が設置されており、一台は覚せい剤買受けの注文を受け付けるための専用電話である可能性が極めて高く、もう一台は受付担当者と譲渡し担当者との間の覚せい剤密売に関する連絡用電話である可能性があった。そのため、右二台に関する電話傍受により得られる証拠は、覚せい剤密売の実態を解明し被疑者らを特定するために重要かつ必要なものであり、他の手段を用いて右目的を達成することは著しく困難であった。裁判官は、検証すべき場所及び物を「A 株式会社 B 支店一一三サービス担当試験室及び同支店保守管理にかかる同室内の機器」、検証すべき内容を「(前記二台の電話)に発着信される通話内容及び同室内の機器の状況(ただし、覚せい剤取引に関する通話内容に限定する)」、検証の期間を「平成6年7月22日から同月23日までの間(ただし、各日とも午後5時から午後11時までの間に限る)」、検証の方法を「地方公務員二名を立ち合わせて通話内容を分配器のスピーカーで拡声して聴取するとともに録音する。その際、対象外と史料される通話内容については、スピーカーの音声遮断及び録音中止のため、立会人をして直ちに分配器の電源スイッチを切断させる。」と記載した検証許可状を発付した。警察官は、右検証許可状に基づき、右記載の各制限を遵守して、電話傍受を実施した。

被告人は、電話の通話内容を通話当事者双方の同意を得ずに傍受することは、本件当時、捜査の手段として法律に定められていない強制処分であるから、それを許可する令状の発付及びこれに基づく電話傍受は、刑訴法197条1項ただし書に規定する強制処分法定主義に反し違法であるのみならず、憲法31条、35条に違反し、ひいては、憲法13条、21条2項に違反すると主張した。

最高裁は、「重大な犯罪に係る被疑事件について、被疑者が罪を犯したと疑うに足りる十分な理由があり、かつ、当該電話により被疑事実に関連する通話の行われる蓋然性があるとともに、電話傍受以外の方法によってはその罪に関する重要かつ必要な証拠を得ることが著しく困難であるなどの事情が存する場合において、電話傍受により侵害される利益の内容、程度を慎重に考慮した上で、なお電話傍受を行うことが犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められるときには、法律の定める手続に従ってこれを行うことも憲法上許されると解するのが相当」と判示したが、判断の前提として、電話傍受が憲法21条2項の保障する通信の秘密を侵害し、ひいては、個人のプライバシーを侵害することを理由に強制処分であることが示されている。

②事案における捜査の経過及び事実の概要は以下の通りである。大阪府警察本部生活安全全部所属の警察官らは、かねてから覚せい剤密売の嫌疑で大阪市内の有限会社A(以下「本件会社」という。)に対して内偵捜査を進めていたが、本件会社関係者が東京の暴力団関係者から宅配便により覚せい剤を仕入れている疑いが生じたことから、宅配便業者の営業所

に対して、本件会社の事務所に係る宅配便荷物の配達状況について照会等を行なった。その結果、同事務所には短期間のうちに多数の荷物が届けられており、それらの配送伝票の一部には不審な記載のあること等が判明した。そこで、警察官らは、同事務所に配達される予定の宅配便荷物のうち不審なものを借り出してその内容を把握する必要があると考え、上記営業所の長に対し、協力を求めたところ、承諾が得られたので、平成16年5月6日から同年7月2日にかけて、5回にわたり、同事務所に配達される予定の宅配便荷物各1個を同営業所から借り受けた上、関西空港内大阪税関においてエックス線検査を実施した。その結果、1回目の検査においては覚せい剤とおぼしき物は発見されなかったが、2回目以降の検査においては、いずれも、細かい固形物が均等に詰められている長方形の袋の射影が観察された（以下、これら5回の検査を「本件エックス線検査」という。）。なお、本件エックス線検査を経た上記各宅配便荷物は、検査後、上記営業所に返還されて通常の運送過程下に戻り、上記事務所に配達された。また、警察官らは、本件エックス線検査について、荷送人や荷受人の承諾を得ていなかった。

被告人は、本件エックス線検査は、任意捜査の範囲を超えた違法なものであり、本件において事実認定の用に供された覚せい剤及び覚せい剤原料（以下「本件 覚せい剤等」という。）は、同検査により得られた射影の写真に基づき取得した搜索差押許可状により得られたものであるから、違法収集証拠として排除されなければならないと主張した。

最高裁は、「本件エックス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分当たる」と判示した。そして、「本件エックス線検査については検証許可状の発付を得ることが可能だったのであって、検証許可状によることなくこれを行なった本件エックス線検査は、違法である」と結論づけた。最高裁は、エックス線による射影を見ることで荷物の内容物の形状や材質をうかがい知り得ること、さらには内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定し得ることを重視して、そのプライバシー侵害の程度を根拠に強制処分としたものである。

③事案については既に見たため、ここでは省略する。事案の詳細等は前章を参照されたい。

④事案における事実の概要は以下の通りである。東京税関東京外郵出張所で郵便物の検査等を担当していた税関職員は、平成24年8月21日、郵便事業株式会社東京国際支店内にあるEMS・小包郵便課検査場において、イラン国内から東京都内に滞在する外国人に宛てて発送された郵便物（以下「本件郵便物」という。）につき、品名が分からなかったことなどから輸入禁制品の有無等を確認するため、本件郵便物の外装箱を開披し、ビニール袋の中にプラスチック製ボトルが2本入っているのを目視により確認した。同職員は、両ボト

ルにつき TDS 検査（ワイプ材と呼ばれる紙を使用する検査）を行なったところ、両ボトルから覚せい剤反応があったため、同出張所の審理官に、本件郵便物を引き継いだ。同審理官は、本件郵便物を同出張所の鑑定室に持ち込み、外装箱から 2 本のボトルを取り出し、ボトルの外蓋、内蓋を開け、中に入っていた白色のだ円形固形物を取り出して重量を量り、その様子を写真撮影するなどした後、上記固形物の破砕片からごく微量を取り出し、麻薬試薬と覚せい剤試薬を用いて仮鑑定を行なったところ、陽性反応を示したため、同税関調査部を通じ、同税関業務部分析部門に鑑定を依頼し、同調査部職員は、上記固形物の破片微量を持ち帰った。同審理官は、本件郵便物を同出張所内の鑑定室に保管していたが、前記鑑定の結果、覚せい剤であるとの連絡を受けて、同税関調査部に対し、摘発事件として通報した。同通報を受け、同税関調査部の審議官は、同月 24 日、差押許可状を郵便事業株式会社職員に提示して、本件郵便物を差し押さえた。

最高裁は、「憲法 35 条の規定は、主として刑事手続における強制につき、司法権による事前抑制の下に置かれるべきことを保障した趣旨のものであるが、当該手続が刑事責任追及を目的とするものではないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に同規定による保障の枠外にあると判断することは相当でない」との理解を前提にしつつも、本件検査等については、「関税の公平確実な賦課徴収及び税関事務の適正円滑な処理」という「行政上の目的を達成するための手続で、刑事責任の追及を直接の目的とする手続ではなく、そのための資料の取得収集に直接結び付く作用を一般的に有するものでもない。」と述べた。そして、「国際郵便物に対する税関検査は国際社会で広く行われており、国内郵便物の場合とは異なり、発送人及び名宛人の有する国際郵便物の内容物に対するプライバシー等への期待がもともと低い上に、郵便物の提示を直接義務付けられているのは、検査を行う時点で郵便物を占有している郵便事業株式会社であって、発送人又は名宛人の占有状態を直接的物理的に排除するものではないから、その権利が制約される程度は相対的に低いといえる。」と判示する。その上で、「税関検査の目的には高い公益性が認められ、大量の国際郵便物につき適正迅速に検査を行って輸出又は輸入の可否を審査する必要があるところ、その内容物の検査において、発送人又は名宛人の承諾を得なくとも、具体的な状況の下で、上記目的の実効性の確保のために必要かつ相当と認められる限度での検査方法が許容されることは不合理といえない。」と述べ、「前記認定事実によれば、税関職員らは、輸入禁制品の有無等を確認するため、本件郵便物を開披し、その内容物を目視するなどしたが、輸入禁制品である疑が更に強まったことから、内容物を特定するため、必要最小限度の見本を採取して、これを鑑定に付すなどしたものと認められ、本件郵便物検査は、前記のような行政上の目的を達成するために必要かつ相当な限度での検査であったといえる。このような事実関係の下では、裁判官の発する令状を得ずに、郵便物の発送人又は名宛人の承諾を得ることなく、本件郵便物検査を行うことは、本件各規定により許容されていると解される。」と判示した。

⑤事案は、いわゆる京都府学連事件で、公道上での写真撮影の法的性質と適法性が問題となった。事実の概要は以下の通りである。昭和 37 年 6 月 21 日に行なわれた本件 A 主催の

集団行進集団示威運動において、被告人の属する B 学生集団はその先頭集団となり、被告人はその列外最先頭に立って行進していたが、右集団は京都市 a 区 b 町 c 下る約 30 メートルの地点において、先頭より 4 列ないし 5 列目位まで 7 名ないし 8 名位の縦隊で道路のほぼ中央あたりを行進していた。この状況は、京都府公安委員会が付した「行進隊列は四列縦隊とする」という許可条件および京都府中立売警察署が道路交通法 77 条に基づいて付した「車道の東側端を進行する」という条件に外形的に違反するものであった。そこで、許可条件違反等の違法状況の視察、採証の職務に従事していた京都府山科警察署勤務の巡査 D は、この状況を現認して、許可条件違反の事実ありと判断し、違法な行進の状態および違反者を確認するため、東側歩道上から前記被告人の属する集団の先頭部分の行進状況を撮影した。

被告人は、本人の意思に反し、かつ裁判官の令状もなくされた本件警察官の写真撮影行為を適法とした原判決の判断は、肖像権すなわち承諾なしに自己の写真を撮影されない権利を保障した憲法 13 条に違反し、また令状主義を規定した同法 35 条にも違反すると主張した。採られた捜査手法が憲法 13 条に違反する場合、強制処分にあたるかという問題であり、強制処分に該当するのであれば、令状主義の観点から 35 条違反になるという問題提起である。

最高裁は、「憲法 13 条は、『すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。』と規定しているのであって、これは、国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものといえる。そして、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態（以下「容ぼう等」という。）を撮影されない自由を有する」とした上で、「少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法 13 条の趣旨に反し、許されない」と述べた。しかし、「個人の有する右自由も、国家権力の行使から無制限に保護されるわけではなく、公共の福祉のため必要のある場合には相当の制限を受けることは同条の規定に照らして明らかである。そして、犯罪を捜査することは、公共の福祉のため警察に与えられた国家作用の一つであり、警察にはこれを遂行すべき責務があるのであるから（警察法 2 条 1 項参照）、警察官が犯罪捜査の必要上写真を撮影する際、その対象の中に犯人のみならず第三者である個人の容ぼう等が含まれても、これが許容される場合がありうるものといわなければならない。」と判示した。

⑥事案における捜査の経過及び事実の概要は以下の通りである。本件は、金品強取の目的で被害者を殺害して、キャッシュカード等を強取し、同カードを用いて現金自動預払機から多額の現金を窃取するなどした強盗殺人、窃盗、窃盗未遂の事案である。（一）被害者が行方不明になったとして警察に捜索願が出されたが、行方不明となった後に現金自動預払機により被害者の口座から多額の現金が引き出され、あるいは引き出されようとした際の防犯ビデオに写っていた人物が被害者とは別人であったことや、被害者宅から多量の血こんが発見されたことから、被害者が凶悪犯の被害に遭っている可能性があるとして捜査が進

められた。その過程で、被告人が被疑者として浮上し、警察官は、前記防犯ビデオに写っていた人物と被告人との同一性を判断するため、被告人の容ぼう等をビデオ撮影することとし、被告人宅近くに停車した捜査車両の中から、あるいは付近に借りたマンションの部屋から、公道を歩いている被告人をビデオカメラで撮影した。さらに、警察官は、前記防犯ビデオに写っていた人物がはめていた腕時計と被告人がはめている腕時計との同一性を確認するため、被告人が遊技していたパチンコ店の店長に依頼し、店内の防犯カメラによって、あるいは警察官が小型カメラを用いて、店内の被告人をビデオ撮影した。(二) また、警察官は、被告人及びその妻が自宅付近の公道にあるごみ集積所に出したごみ袋を回収し、そのごみ袋の中身を警察署内において確認し、前記現金自動預払機の防犯ビデオに写っていた人物が着用していたものと類似するダウンベスト、腕時計等を発見し、これらを領置した。

被告人は、警察官による被告人に対する前記各ビデオ撮影は、十分な嫌疑がないにもかかわらず、被告人のプライバシーを侵害して行われた違法な捜査手続であり、また、前記ダウンベスト及び腕時計の各領置手続は、令状もなくその占有を取得し、プライバシーを侵害した違法な捜査手続だと主張した。

最高裁は、犯人の同一性確認のために行われた公道及びパチンコ店内での被疑者の撮影について以下のように判示している。本件撮影は、「捜査機関において被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在し」、かつ、「各ビデオ撮影は、強盗殺人等事件の捜査に関し、防犯ビデオに写っていた人物の容ぼう、体型等と被告人の容ぼう、体型等との同一性の有無という犯人の特定のための重要な判断に必要な証拠資料を入手するため、これに必要な限度において、公道を歩いている被告人の容ぼう等を撮影し、あるいは不特定多数の客が集まるパチンコ店内において被告人の容ぼう等を撮影したものである。」「いずれも、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるものである。」「これらのビデオ撮影は、捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法によって行われたものといえ、捜査活動として適法」である。

また、領置手続について、「被告人及びその妻は、これらを入れたごみ袋を不要物として公道のごみ集積所に排出し、その占有を放棄していたものであって、排出されたごみについては、通常、そのまま収集されて他人にその内容が見られることはないという期待があるとしても、捜査の必要がある場合には、刑法 221 条により、これを遺留物として領置することができるというべきである。」と判示した。

⑦事案はいわゆる山谷監視カメラ事件である。本件における事実の概要は以下の通りである。警視庁浅草警察署山谷地区派出所では、山谷通りの交通秩序の維持および泥酔者の保護等のため、同派出所前の歩道上の電柱の地上 8 メートルの高さにテレビカメラ 1 台を設置した。そして、派出所内の事務室においてこのカメラを遠隔操作して通りの状況を全周視界で俯瞰的に撮影し、モニターに映し出していた。さらに、この付近に事務所を置く争議団と暴力団の衝突事件が発生したことを契機に、犯罪の予防・鎮圧および犯罪が発生した場合の証拠保全のため、本件カメラの映像をビデオ装置で録画していた。被告人は、山谷通りで

争議団のデモが行われた際、同派出所前の路上に停車してあった警察車両のサイドミラーを損壊したとして、器物損壊罪で起訴された。被告人は、本件撮影が違法であり、本件ビデオテープの証拠能力がないと主張した。

東京高裁は次のように判示した。「承諾なくしてみだりに容貌等を写真撮影されない自由は、いわゆるプライバシーの権利の一コララーとして憲法 13 条の保障するところ」である。しかし⑤判例で示された要件は「その具体的事案に即して警察官の写真撮影が許容されるための要件を判示したものにすぎず、この要件を具備しないかぎり、いかなる場合においても、犯罪捜査のための写真撮影が許容されないとする趣旨まで包含するものではないと解するのが相当であって、当該現場において犯罪が発生する相当高度の蓋然性が認められる場合であり、あらかじめ証拠保全の手段、方法をとっておく必要性及び緊急性があり、かつ、その撮影、録画が社会通念に照らして相当と認められる方法でもって行われるときには、現に犯罪が行われる時点以前から犯罪の発生が予測される場所を継続的、自動的に撮影、録画することも許される」。

⑧事案における事実の概要は以下の通りである。警視庁が、千葉県収用委員会委員等に対する暴力行為等処罰に関する法律違反の罪で三里塚闘争会館を令状に基づいて捜索差押をした際、Dら七名の千葉県警の警察官が警視庁の捜査共助の要請に基づいて館内の案内等のために同行し、その際、Dは上司から命ぜられて同僚 1 名とともに右捜索差押に当たって同会館に在所する中核派活動家の音声を録音する任務も担当し、ネクタイピン型のマイクを自己着用のネクタイの真ん中に装着し、小型録音機を小型バックの中に携帯して、同会館内の各所で立会人となった被告人ら七名の中核派活動家の音声を同人らに気付かれないようにしてカセットテープに録音した。また、千葉県警が、本件職務強要事件等について同会館を令状に基づいて捜索差押をした際、D及びEは上司の命を受けて同僚 5 名とともに右捜索差押に当たって右会館に在所する中核派活動家の音声を録音する任務を担当し、Dは、ネクタイピン型のマイクを自己着用のネクタイの真ん中に装着し、小型録音機を図板の裏側の物入れ内に携帯して右会館の一階で立会人をしていた被告人ら四名の中核派活動家の音声を同人らに気付かれないようにしてカセットテープに録音し、Eは、小型録音機を図板の裏側の物入れ内に、ネクタイピン型のマイクをその物入れのチャックにはさんで右図を携帯し、同会館に在所していた被告人ら三名の中核派活動家の音声を同人らに気付かれないようにしてカセットテープに録音した。

被告人は、三里塚闘争会館の捜索差押時に立会人となった同会館在住者の音声を秘密に録音したテープは、プライバシーを侵害し、令状主義を踏みにじる重大な違法を侵して収集された証拠であるから、証拠排除をすべきである旨主張した。秘密録音の法的性質が問題となっている。

千葉地裁は、会話の秘密録音の適法性について次のように判示した。「一般に、対話者の一方当事者が相手方の知らないうちに会話を録音しても、対話者との関係では会話の内容を相手方の支配に委ねて秘密性ないしプライバシーを放棄しており、また、他人と会話する

以上相手方に対する信頼の誤算による危険は話者が負担すべきであるから、右のような秘密録音は違法ではなく、相手方に対する信義とモラルの問題に過ぎないという見方もできよう。しかし、それは、相手方が単に会話の内容を記憶にとどめ、その記憶に基づいて他に漏らす場合に妥当することであって、相手方が機械により正確に録音し、再生し、さらには話者（声質）の同一性の証拠として利用する可能性があることを知っておれば当然拒否することが予想されるところ、その拒否の機会を与えずに秘密録音することが相手方のプライバシーないし人格権を多かれ少なかれ侵害することは否定できず、いわんやこのような録音を刑事裁判の資料とすることは司法の廉潔性の観点からも慎重でなければならない。したがって、捜査機関が対話の相手方の知らないうちにその会話を録音することは、原則として違法であり、ただ録音の経緯、内容、目的、必要性、侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるべきものと解すべきである。」

被侵害利益については明示されていないが、「公共の利益」との権衡が考慮されていることから、憲法 13 条の保障と捉えていると考えられ、「みだりに声を録音されない自由」とでも言うべき利益が被侵害利益となっている。

二. 強制処分と任意処分の区別再考

1. 「プライバシー」の区別

①事案においては、電話傍受が通信の秘密、ひいては個人のプライバシーを被侵害利益とする強制処分だとされた。既に検討した通り、憲法 21 条 2 項の保障する通信の秘密は憲法 35 条の解釈に包摂され、令状要件の規律が及ぶため、憲法 35 条が関わってくる⁴¹³。

②事案では、荷送人及び荷受人の内容物に対するプライバシーが被侵害利益とされている。荷物の内容物は、事実上、宅配便業者の占有下にあるとしても、その内容を把握し得る捜査手法はプライバシー侵害の程度が高いとする。④事案も、荷物の提示を直接義務づけられているのは運送業者であって、荷送人及び荷受人の占有状態を直接的物理的に排除するものではない点で、②事案と異なるところはない。したがって、④事案の理由づけの中で、②事案と判断を分けたのは、捜査対象物が国際郵便物か国内郵便物かという点のみである。④事案で最高裁は、国際郵便物の内容物に対するプライバシー等への期待はもともと低いと指摘する。国際郵便物に対する税関検査が国際社会で広く行われていることがその理由となっている。これは、荷送人及び荷受人において、国際郵便を利用する時点で、当該郵便物が税関検査を通ることが通常想定されるだろうということを意味する。また、税関検査によって明らかになるのは内容物であり、内容物は、荷送人又は荷受人の所有に係るものであるため、②及び④事案では、憲法 35 条の利益が関わる。

③事案では、GPS が個人の行動を継続的、網羅的に把握し得る特性から、憲法 35 条に準

⁴¹³ 本稿第四章第 2 節（3. 通信の秘密との関係）参照。

ずる私的領域に侵入されない権利としてのプライバシーが被侵害利益とされている。

⑤事案では、憲法 13 条を根拠に、「みだりに撮影されない自由」が被侵害利益とされている。⑥事案においても、明言はされていないものの、「みだりに撮影されない自由」が被侵害利益だと理解できる。⑤事案で示された自由の存在を前提に、その侵害として、承諾のない写真撮影が許容される要件を広げただけである。⑥事案では、公道上とパチンコ店内での撮影が問題となったが、「いずれも、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所」と性質づけられている。このような場所は、④事案の表現を用いると、「プライバシー等への期待」がもともと低い場所と説明することができる。

⑦事案も、⑤⑥事案と同様に、「みだりに撮影されない自由」が被侵害利益となっているが、この自由について東京高裁は、プライバシーの権利の「一コロラリー」だと説示する。「コロラリー」とは、論理的帰結、ある説から導かれる必然的な結果などと説明される。そうすると、東京高裁は、「プライバシーの権利」から導かれる自由が複数あり得ることを前提としているといえる。

⑧事案では、一方当事者による会話の秘密録音について、会話そのものが、会話内容を相手方の支配に委ねる秘密性ないしプライバシーの放棄で、相手方に対する信頼の誤算による危険も話者が負担しているという論理もあり得る旨述べられている。この論理は、合衆国におけるシークレット・エージェントの事案と発想を同じくするものである。しかし、千葉地裁は、この論理を認めつつも、機械による録音という点を重視して、話者のプライバシーを被侵害利益としている。

このように見ると、最高裁が、プライバシーが侵害されたことをもって強制処分と構成しているわけではないということに気づく。最高裁は、「プライバシー」を、憲法 33 条・35 条として保障されるものと、憲法 13 条として保障されるものに区別してきたことがわかる。

④⑤⑥⑦⑧事案は、正当な目的が存在することを前提として、相当な方法によることを条件に許容されていることから、任意処分と位置付けられる。プライバシーという利益は一定程度の保護を受けるが、その内容によって、強制処分として、強制処分法定主義と令状主義の観点から強い保障を受けるプライバシーと、任意処分として、手段の相当性という観点から保障を受けるプライバシーとに区別される。

憲法 13 条は、そこに保障される利益が公共の利益による制限を受けることが条文上予定されている。これに対し、憲法 35 条は、公共の利益による制限が予定されていない。その代わりに、令状による開披が予定されている。そうであれば、憲法 13 条を侵害する捜査手法が任意処分、憲法 33 条・35 条を侵害する捜査手法が強制処分と構成できるのではないか⁴¹⁴。

⁴¹⁴ 辻脇葉子「科学的捜査方法とプライバシーの合理的期待」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集（下巻）』645 頁以下（成文堂、2014 年）は、情報の「秘匿性」の有無という観点から先例を整理している。

2. プライヴァシーの期待からのアプローチ

前述したように、我が国の裁判例は、憲法 13 条としてプライバシーを扱ったものと、憲法 33 条・35 条の保障領域としてプライバシーを扱ったものに区別できる。憲法 13 条を侵害する捜査手法が任意処分、憲法 33 条・35 条を侵害する捜査手法が強制処分であると構成することが可能であることも既に論じた通りである。では、この分析を踏まえて、憲法 13 条と 33 条・35 条の観点から、プライバシーの期待を検討してみたい。

アメリカ合衆国憲法第 4 修正上の捜査該当性に関する理論を参考にして、強制処分と任意処分を「プライバシーの合理的期待」という観点から定義する学説が有力に主張されている⁴¹⁵。「プライバシーの主観的期待」が侵害されるにすぎない場合には任意処分、「プライバシーの客観的期待（合理的期待）」が侵害される場合には強制処分と構成する。この理解は、憲法 13 条と 33 条・35 条との関係ではどのように分析できるだろうか。

プライバシーは「利益」であるが、その本質は「期待」である⁴¹⁶。「期待」それ自体は、内容がどのようなものであれ、幸福追求の一つとして憲法 13 条によって一定程度の保護を受ける。「期待」には内容・程度において様々なものが含まれる以上、それに応じて保護のレベルも当然異なってくる⁴¹⁷。それゆえ憲法 13 条の利益すなわち期待は、公共の利益—刑事法の文脈で言い換えれば「正当な捜査目的」—による制限が許されている。

他方、憲法 33 条、35 条は、その利益すなわち期待について、正当な捜査目的があるだけでは制限することを許さず、これを開披するためには原則として令状が要求される。令状主義の趣旨は、強制処分法定主義が民主的統制であることから、民主的統制に服した正当な範囲に留まっているかを中立な第三者たる裁判官によって確認することにある。したがって、強制処分法定主義と令状主義による縛りを受けるという意味で、憲法 33 条、35 条の期待は強く保護される。立法者による価値の選別を受けた結果として、憲法 13 条と 33 条、35 条の保護に程度に違いが生じているのである。そうであれば、憲法 13 条によって保護される何らかの期待の中でも特に価値を見出された期待が、抽出されて別途憲法 35 条として強く保護されているといえる。

合衆国においては、ある捜査手法が採られた場合、プライバシーの主観的期待が侵害されただけでは第 4 修正による保護を受けないと一般的に理解されているが、主観的期待が一切保護されないわけではない。そうではなく、正当な捜査目的が、期待を上回った結果であると理解すべきであろう⁴¹⁸。正当な捜査目的がなければ主観的期待の侵害も許されない

⁴¹⁵ 渥美・前掲注 93) 26-37 頁、椎橋隆幸『刑事訴訟法の理論的展開』16 頁（信山社、2010 年）、井上・前掲注 359) 12 頁、柳川・前掲注 101) 152-153 頁等。

⁴¹⁶ 渥美・同上 25 頁、柳川・同上 143 頁。

⁴¹⁷ 渥美・同上 96 頁。

⁴¹⁸ *Katz* における Harlan 裁判官の補足意見は、プライバシーの主観的期待テスト・客観的期待テストについて、それぞれが異なる場面を画することを意図していたことが指摘さ

のであるから、我が国における任意処分を規律する「相当性」に相当するような規律が、議論の前提として既に織り込まれているのである。

また、客観的期待を侵害する場合には令状を取得しなければならないというのは、憲法制定者による価値の選別の結果、一定の重要性を持つ期待については正当な捜査目的のみによる制約を許さず、強く保護される期待である分、厳格性が要求されるために令状の取得が求められていると理解できる。

このような理解に立てば、合衆国におけるプライバシー理論は、我が国における憲法 13 条、33 条・35 条の構造と平行に捉えることが可能である。したがって、憲法 13 条により保護されるのがプライバシーの主観的期待であり、憲法 33 条・35 条により保護されるのがプライバシーの客観的期待（合理的期待）と位置付けられると思われる。そうであれば、プライバシーの主観的期待を侵害する捜査手法が任意処分であり、プライバシーの客観的期待（合理的期待）を侵害する捜査手法が強制処分であるとの理解が可能である。

れている。この分析に従えば、例えば捜査官の被疑者宅への立ち入りが問題となった事案において、その場所がビジネスや取引の場として利用されているといった場合に、被疑者が自らプライバシーを開披する行為によって、本来第 4 修正により保護され得るプライバシー空間に対するプライバシーの利益が消滅するという意味で、プライバシーの主観的期待さえ認められない。このような趣旨で Harlan 裁判官はプライバシーの主観的期待・客観的期待と述べたが、*Smith v. Maryland* 以降、二重のテストのように理解されるに至ったのだと Kerr は分析している。See *supra* note 89, at 122-126.

結論

アメリカ合衆国における搜索・押収法理は 18 世紀半ばまで遡る。そこでは、「神聖な権利」の侵害が本質とされており、メア・エビデンスルールと呼ばれる法理が形成・確立された。その後、メア・エビデンス・ルールは、時代の変化に伴い、「意味のある保護を与えているか」という視点で再検討され、廃止されるに至った。既に確立されている法理も、意味のある保護を与えているかという問いに対する答えは不変的なものではない。時代に応じて異なるものである。保護しようとするものや保護のあり方などが、その時代に合致しているかを常に分析することが求められるのである。

合衆国における初期の搜索・押収法理においては、物理的侵入（トレスパス）があることと、搜索・押収の対象が有体物であることが要求されており、会話のような無体物を取得するような場合には合衆国憲法第 4 修正の適用がないという法理論・法実務であった。現代のように科学技術が発達していなかった当時は、通常、押収すべき物は住居や事務所内に存在していたため、住居や事務所といった私有財産への不当な侵入を禁止すれば十分であった。そのため、プライバシーの概念は、財産権に結び付けられていたのである。

科学技術の発達は、まず、無体物の取得を可能にした。例えば、マイクの出現により、会話が取得できるようになる。そこで、搜索・押収法理から有体物の要件が外された。そして、科学技術の発達は、さらに、私有財産に物理的に侵入・接触等することなしで取得することを可能にした。これにより、第 4 修正上の搜索・押収法理からトレスパスの要件も外され、プライバシーの正当な期待・合理的期待の侵害を要件とする法理へと変化した。

「プライバシーの期待」という基準は、トレスパスの基準に比べて線引きが明確でない。そこで、どのような場合にプライバシーの期待が侵害されるかをめぐる様々な判例によって、プライバシーに基づく搜索・押収法理が形成されていった。プライバシー法理を確立した Katz 判決において、Harlan 裁判官が補足意見で「プライバシーの主観的期待」と「客観的期待」という概念を生み出した。プライバシーの「主観的期待」は、シークレット・エージェントの事案のような状況を念頭に置いたものである。本来は第 4 修正上の保護を受ける場所であっても、捜査対象者によるプライバシーを開披したと評価できる行為がある場合に、プライバシーが開かれた場所になることを意味するものである。その意味で、本来、プライバシーの客観的期待と主観的期待は、それぞれ適用場面を異にする概念であった。

このようなプライバシーに基づく搜索・押収法理を軸とし、それに対する例外法理が作られていく。第一に、適法な逮捕が行われている場合には、「逮捕」という状況それ自体により、被逮捕者のプライバシーの利益が縮減し、また、捜査機関による搜索・押収の必要性が高まっていることから、一般的に無令状での搜索・押収が許される（逮捕に伴う搜索・押収）。第二に、自動車という特別の状況に基づいて、搜索中に、車内に四肢が届く範囲に被逮捕者がいる場合には自動車内の搜索・押収が許される（自動車例外）。第三に、内密な

情報を任意に第三者に明らかにする場合は、プライバシーの利益を自ら縮減させていることに基づき、第4修正上の保護が失われる（第三者法理）。

2000年代に入り、情報通信技術は急速に発達し、社会を大きく変容させた。GPSは、人や物の所在及び移動状況を、過去に遡って、又はリアルタイムで、客観的な数値形式で把握することを可能にした。このGPS装置を、捜査対象者の運転する自動車に取り付けて、長期間に渡り移動を監視した捜査手法が問題とされた *Jones* は、プライバシー・テストに取って代わられたと考えられていたトレスパス法理に依拠した。*Jones* 及びこれに続く判例により、捜査の際に所有物への立ち入りや機器の装着が認められる場合にはトレスパス・テストを用い、トレスパス・テストでは保護が十分でない場合、または、トレスパスなく搜索・押収が行われた場合には、プライバシー・テストを用いて判断するという、トレスパス法理とプライバシー法理の二段構えの搜索・押収法理をとってゆくことが明らかになった。

携帯電話やコンピュータの発達及び普及は、搜索・押収における例外法理である逮捕に伴う搜索・押収法理と第三者法理にも影響を与えた。逮捕に伴う搜索・押収法理は、令状要件の例外として許容される根拠が明確にされてきたが、その法理を支える根拠が、デジタル・データには存在しないということが *Riley* において明らかになった。そして、従来はプライバシー侵害の程度が低いとされていた情報も、大量に収集され統合されれば、それ以上の情報を把握することが可能であり、非常に深刻なプライバシー侵害を引き起こすという問題意識が、モザイク理論という形で有力になってきた。この問題意識は、捜査対象者の使用する携帯電話の基地局情報をプロバイダーから取得するという捜査手法が問題となった *Carpenter* においても反映されている。さらに *Carpenter* では、基地局情報の取得という捜査手法との関係では、第三者法理が例外として認められてきた根拠を欠くことが示された。

我が国でも、合衆国と同様に、GPS装置の取付によって位置情報を取得する捜査手法や、プロバイダから被疑者の携帯電話の基地局情報を取得することで過去の所在を割り出す捜査手法が採られている。我が国の実務では、このような基地局情報捜査を行う場合には検証許可状を取得する運用になっているが、記録命令付差押えによって行うことが現行法上最も妥当である。

平成29年判決ではGPS捜査の法的性質が問題となり、強制処分該当性と検証該当性が検討され、これを実施するためには立法が必要であるとの判断が出された。そこでは、自動車という所有物への物理的な干渉が根拠にされた合衆国判例の *Jones* とは異なり、憲法35条の保障する「私的領域に侵入されることのない権利」を侵害する捜査手法だと構成された。

プライバシーが問題とされた捜査手法において、任意処分とされた事例では、プライバシーの内容がある程度明らかにされてきたのに対し、強制処分とされた事例では、プライバシー侵害の程度についての言及はあっても、侵害される「プライバシー」という言葉自体に含意されたものが何であるかについては必ずしも明確にはされてこなかった。法的性質から問題となるような捜査手法の場合、令状主義による統制を及ぼすべき重大かつ高

度の法益侵害結果を生じさせる類型的行為態様であるかが指標となるため⁴¹⁹、「プライバシー」が大きく侵害されることをもって強制処分性を肯定するのであれば、その利益の内容を一定程度画定することが前提として必要ではないか。

アメリカ合衆国における搜索・押収法理は、「プライバシー」の内容を明確にすることなく、「プライバシー」それ自体を利益として保護する。それゆえに、保護される外延が曖昧で、不明確なものになっている。これに対して、我が国においては、平成 29 年判決が、個人の所持品への装着を伴う GPS 捜査について、プライバシーという概念を用いることを意図的に回避し、被侵害利益を明確に区別した。すなわち、プライバシーという未だ明確に定義されていない概念を直接持ち出すのではなく、憲法 35 条との関係でプライバシーを論じた点で、憲法 35 条が保障する領域を限定したともいえ、できる限り条文に即した判断を行おうとする最高裁の姿勢が伺える。

我が国においては、刑事訴訟法 218 条や 220 条の解釈は示されるものの、合衆国における判例法理で示されるような搜索・押収法理の基本的視座が示されることは少ない。この違いは、例外法理の存否にあると考えられる。すなわち、合衆国においては、第 4 修正の基準は「不合理か否か」であるため、令状の不存在から推定される不合理性を払拭する例外法理が判例の積み重ねによって増えていく。これに対して、合衆国憲法第 4 修正に相当する日本国憲法 35 条が令状主義の例外を「第 33 条の場合を除いては」としているため、我が国における搜索・押収法理の例外は、逮捕に伴う搜索・押収に限定されることになる。そのため、搜索・押収に関する原則である刑訴法 218 条と、その例外を定めている刑訴法 220 条の解釈として問題となるに過ぎないのである。

では、我が国においても、逮捕に伴う搜索・押収以外で、合衆国における搜索・押収法理で示されているような例外法理が形成される可能性はあるか。例として、最大判昭和 36 年 6 月 7 日は、麻薬所持の現行犯で逮捕した者の自供に基づき、麻薬譲渡の被疑事実で X を緊急逮捕するため X 宅に赴いたが不在だったために、未成年者である X の娘の承諾を得て住居内を搜索し、関連証拠を押収し、搜索がほとんど終了する頃になって X が帰宅したため X を緊急逮捕したという事例である。この事案では、刑訴法 220 条 1 項にいう「逮捕する場合において」とは、逮捕との時間的接着を必要とするが、逮捕着手時の前後関係を問わないとして、被疑者が帰宅次第緊急逮捕する態勢の下に搜索・差押がなされ、かつ、これと時間的に接着して逮捕がなされる限り、その搜索・差押は、緊急逮捕する場合その現場でなされたものとする判示された。この事案については、搜索継続中に X が帰宅しなかった場合には説明が困難であることから、緊急搜索・押収を認めたとの理解が可能とも思われる。しかしながら、憲法 35 条は、憲法 33 条の場合を除いて、令状によることを規定しているため、緊急性の例外を広く認めることは条文の文言上、無理がある。やはり、刑訴法 220 条 1 項にいう「逮捕する場合」及び「逮捕の現場」の解釈として問題となるに過ぎず、ここか

⁴¹⁹ 酒巻・前掲注 368) 153 頁。

ら離れて、緊急性の例外法理を採用することは難しい。

個々の事案におけるプライバシー侵害の有無及び程度を考察するアメリカ合衆国のプライバシー法理は、我が国の法理論としてそのまま受け入れることはできないが、捜索・押収を規律する基本的視座として、被侵害利益の内容を明確にし、捜査手法の法的性質を検討する議論に活用することが可能である。合衆国のプライバシー理論は、我が国における憲法 13 条、33 条・35 条の関係と同様に捉えることができる。プライバシーは「利益」であるが、その本質は「期待」である。「期待」それ自体は、内容がどのようなものであっても、幸福追求の一つとして憲法 13 条によって一定の保護を受ける。憲法 33 条・35 条に基づく期待は、強制処分法定主義と令状主義による縛りを受けるという意味で、強く保護される。憲法 13 条によって保護される何らかの期待の中でも、特に重要な価値があると評価される期待が、抽出されて別途憲法 33 条・35 条として強く保護されているといえる。憲法 13 条により保護されるのがプライバシーの主観的期待であり、憲法 33 条・35 条により保護されるのがプライバシーの客観的期待（合理的期待）と位置付けられる。プライバシーの主観的期待を侵害する捜査手法が任意処分であり、プライバシーの客観的期待（合理的期待）を侵害する捜査手法が強制処分である。

このプライバシーの期待に依拠した基準は、裁判官による事後的な審査の際に用いられるものである。基準として抽象度の高いものであるため⁴²⁰、個別具体的な事案において捜査機関がこの基準を行動指針とすることには限界があるだろう。

Maynard 判決及び Jones 判決の補足意見で示されたモザイク理論の出発点となっているのは国家安全保障に関わる情報公開請求のケースである Sims 判決の説示であった。その論拠に照らすと、この理論を、共通性を見つけることが困難な犯罪捜査における捜索・押収の判断枠組みに組み入れることは難しい。アメリカ合衆国におけるモザイク理論に関する議論は、我が国においては、「取得時中心主義」に関する問題として再構成することが可能と考える。近時、我が国においては、取得時中心主義からの離脱傾向があり、この点についてはアメリカ合衆国における議論とパラレルに分析できる部分も多いため、今後の課題とする。

⁴²⁰ See also Jones, *supra* note 170, at 427 (ALITO concurring).

<英語文献>

- Adam Lamparello, *Riley v. California: The Aftermath and the Unanswered Questions*, 9 FED. CTS. L. REV. 13 (2016).
- Adam M. Gershowitz, *Password Protected? Can a Password Save Your Cell Phone from a Search Incident to Arrest?*, 96 IOWA L. REV. 1125 (2011).
- Adam M. Gershowitz, *Seizing a Cell Phone Incident to Arrest: Data Extraction Devices, Faraday Bags, or Aluminum Foil as a Solution to the Warrantless Cell Phone Search Problem*, 22 WM. & MARY BILL RTS. J. 601 (2013).
- Adam M. Gershowitz, *The iPhone Meets the Fourth Amendment*, 56 UCLA L. REV. 27 (2008).
- Adam M. Gershowitz, *The Post-Riley Search Warrant: Search Protocols and Particularity in Cell Phone Searches*, 69 VAND. L. REV. 585 (2016).
- Adrianna Patrina Agosta, *The Law Catching Up with the Evolution of Cell Phones: Warrantless Searches of a Cell Phone are Unconstitutional Under the Fourth Amendment*, 92 U. DET. MERCY L. REV. 131 (2015).
- Akhil Reed Amar, *Fourth Amendment First Principles*, 107 HARV. L. REV. 757 (1994).
- Alan Z. Rozenshtein, *Fourth Amendment Reasonableness After Carpenter*, 128 YALE L. J. F. 943 (2019).
- Amy L. Peikoff, *Of Third-Party Bathwater: How to Throw Out the Third-Party Doctrine While Preserving Government's Ability to Use Secret Agents*, 88 ST. JOHN'S L. REV. 349 (2014).
- ANDREA RYAN, *TOWARDS A SYSTEM OF EUROPEAN CRIMINAL JUSTICE: THE PROBLEM OF ADMISSIBILITY OF EVIDENCE* (2014).
- Andrew D. Huynh, *What Comes After "Get a Warrant": Balancing Particularity and Practicality in Mobile Device Search Warrants Post-Riley*, 101 CORNELL L. REV. 187 (2015).
- Anna Lvovsky, *Fourth Amendment Moralism*, 166 U. PA. L. REV. 1189 (2018).
- Brianne J. Gorod, *Agreement at the Supreme Court: The Three Important Principles Underlying Riley v. California*, 9 NYU J.L. & LIBERTY 70 (2015).
- Christian Bennardo, *The Fourth Amendment, CSLI Tracking, and the Mosaic Theory*, 85 FORDHAM L. REV. 2385 (2017).
- Christopher Slobogin & Joseph E. Schumacher, *Reasonable Expectations of Privacy and Autonomy in Fourth Amendment Cases: An Empirical Look at Understandings Recognized and Permitted by Society*, 42 DUKE L.J. 727 (1993).

Constitutional Law--Search and Seizure--"Mere Evidence" Rule Discarded and Held Inapplicable to Exclude Evidence Lawfully Seized (Warden v. Hayden, 387 U.S. 294 (1967)), 387 U.S. 294 (1967), 42 ST. JOHN'S L. REV. 425 (1968)

Dana Raigrodski, *Property, Privacy and Power: Rethinking the Fourth Amendment in the Wake of U.S. v. Jones*, 22 B.U. PUB. INT. L.J. 67 (2013).

DANIEL J. SOLOVE, *THE DIGITAL PERSON: TECHNOLOGY AND PRIVACY IN THE INFORMATION AGE (EX MACHINA: LAW, TECHNOLOGY, AND SOCIETY)* (2007).

Data Mining, Dog Sniffs, and the Fourth Amendment, 128 HARV. L. REV. 691 (2014).

David A. Harris, *Riley v. California and the Beginning of the End for the Third-Party Search Doctrine*, 18 U. PA. J. CONST. L. 895 (2016).

David A. Sklansky, *The Fourth Amendment and Common Law*, 100 COLUM. L. REV. 1739 (2000).

David E. Steinberg, *The Original Understanding of Unreasonable Searches and Seizures*, 56 FLA. L. REV. 1051 (2004).

David Gray, *Fourth Amendment Remedies as Rights; The Warrant Requirement*, 96 B.U. L. REV. 425 (2016).

DAVID GRAY, *THE FOURTH AMENDMENT IN AN AGE OF SURVEILLANCE* (2017).

DAVID GRAY, *THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF SURVEILLANCE LAW* (2019).

David Gray & Danielle Keats Citron, *A Shattered Looking Glass: The Pitfalls and Potential of the Mosaic Theory of Fourth Amendment Privacy*, 14 N.C. J.L. & TECH. 381 (2013).

Edward S. Corwin, *The Supreme Court's Construction of the Self-Incrimination Clause*, 29 MICH. L. REV. 191 (1930).

Elizabeth S. Myers, *Containing Cell Phones? Restoring the Balance Between Privacy and Government Interests in Fourth Amendment Cell Phone Searches and Seizures*, 48 SUFFOLK U. L. REV. 203 (2015).

Emma Raviv, *Homing in: Technology's Place in Fourth Amendment Jurisprudence*, 28 HARV. J. LAW & TECH. 593 (2015).

EOGHAN CASEY, *DIGITAL EVIDENCE AND COMPUTER CRIME: FORENSIC SCIENCE, COMPUTERS, AND THE INTERNET* (3d ed. 2011).

Fourth Amendment—Search and Seizure—Searching Cell Phones Incident to Arrest—Riley v. California, 128 HARV. L. REV. 251 (2014).

George M. Dery III & Kevin Meehan, *A New Digital Divide? Considering the Implications of Riley v. California's Warrant Mandate for Cell Phone Searches*, 18 U. PA. J.L. & SOC. CHANGE 311 (2015).

Jack M. Balkin, *The Fiduciary Model of Privacy*, 134 HARV. L. REV. F. 11 (2019).

James B. Peters, *CRIMINAL PROCEDURE--More Protection for Digital Information? The Supreme Court Holds Warrantless Cell Phone Searches do not Fall Under the Search Incident to Arrest Exception; Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473 (2014), 15 WYO. L. REV. 571 (2015).

James J. Tomkovicz, *Divining and Designing the Future of the Search Incident to Arrest Doctrine: Avoiding Instability, Irrationality, and Infidelity*, 2007 U. ILL. L. REV. 1417 (2007).

Jeffrey Bellin, *Fourth Amendment Textualism*, 118 MICH. L. REV. 233 (2019).

Jennifer Daskal, *The Un-Territoriality of Data*, 125 YALE L. J. 326 (2015).

John M. Jaworsky, *Constitutional Law - The Mere Evidence Rule*, 8 WASHBURN L. J. 361 (1969)

Jose Felipe Anderson, *Privacy, Technology and the Fourth Amendment: The Future and the Shock*, 29 WIDENER COMMW. L. REV. 43 (2020).

JOSHUA A. T. FAIRFIELD, *OWNED: PROPERTY, PRIVACY, AND THE NEW DIGITAL SERFDOM* (2017).

Justin Hill, *Digital Technology and Analog Law: Cellular Location Data, the Third-Party Doctrine, and the Law's Need to Evolve*, 51 U. RICH. L. REV. 773, 785 (2017).

Leah Aaronson, *Constitutional Restraints on Warrantless Cell Phone Searches*, 69 U. MIAMI L. REV. 899 (2015).

Lucas Issacharoff & Kyle Wirsha, *Restoring Reason to the Third Party Doctrine*, 100 MINN. L. REV. 985 (2016).

Margaret Hu, *Cybersurveillance Intrusions and an Evolving Katz Privacy Test*, 55 AM. CRIM. L. REV. 127 (2018).

MARIA HELEN MURPHY, *SURVEILLANCE AND THE LAW: LANGUAGE, POWER AND PRIVACY* (2018).

MICHAEL C. GIZZI & R. CRAIG CURTIS, *THE FOURTH AMENDMENT IN FLUX: THE ROBERTS COURT, CRIME CONTROL, AND DIGITAL PRIVACY* (2016).

Michael Mestitz, *Unpacking Digital Containers: Extending Riley's Reasoning to Digital Files and Subfolders*, 69 STAN. L. REV. 321 (2017).

Michael T.E. Kalis, *Ill Suited to the Digital Age: Fourth Amendment Exceptions and Cell Site Location Information Surveillance*, 13 PITT. J. TECH. L. & POL'Y 1, 11 (2013).

Monu Bedi, *Facebook and Interpersonal Privacy: Why the Third Party Doctrine Should Not Apply*, 54 B.C. L. REV. 1 (2013).

Monu Bedi, *The Fourth Amendment Disclosure Doctrines*, 26 WM. & MARY BILL RTS. J. 461 (2017).

Morgan Cloud, *Property Is Privacy: Locke and Brandeis in the Twenty-First Century*, 55 AM. CRIM. L. REV. 37 (2018).

Morgan Cloud, *Searching through History; Searching for History*, 63 U. CHI. L. REV. 1707 (1996).

Nancy Vo, *Bright-Line Rule for warrantless Cell Phone Searches: Why It May Not Be the Brightest Solution*, 36 WHITTIER L. REV. 593 (2015).

Orin S. Kerr, *Applying the Fourth Amendment to the Internet: A General Approach*, 62 STAN. L. REV. 1005 (2010).

Orin S. Kerr, *Foreword: Accounting for Technological Change*, 36 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 403, at 403 (2013).

Orin S. Kerr, *Fourth Amendment and New Technologies: Constitutional Myths and the Case for Caution*, 102 MICH. L. REV. 801 (2004).

Orin S. Kerr, *Katz Has Only Step: The Irrelevance of Subjective Expectations*, 82 U. CHI. L. REV. 113 (2015).

Orin S. Kerr, *The Case for the Third-Party Doctrine*, 107 MICH. L. REV. 561 (2009).

Orin S. Kerr, *The Curious History of Fourth Amendment Searches*, 2012 SUP. CT. REV. 67 (2012).

Orin S. Kerr, *The Effect of Legislation on Fourth Amendment Protection*, 115 MICH. L. REV. 1117 (2017).

Orin S. Kerr, *The Mosaic Theory of the Fourth Amendment*, 111 MICH. L. REV. 311 (2012).

Paul Ohm, *The Many Revolutions of Carpenter*, 32 HARV. J.L. & TECH. 357 (2019).

Rebecca Lipman, *The Third Party Exception: Reshaping an Imperfect Doctrine for the Digital Age*, 8 HARV. L. & POL'Y REV. 471 (2014).

Richard A. Epstein, *Privacy and the Third Hand: Lessons from the Common Law of Reasonable Expectations*, 24 BERK. TECH. L. J. 1199 (2009).

Richard M. Thompson II, *The Fourth Amendment Third-Party Doctrine*, R43586 CONG. RESEARCH SERV. (2014).

Richard M. Thompson II, *United States v. Jones: GPS Monitoring, Property, and Privacy*, R42511 CONG. RESEARCH SERV. (2012).

RONALD JAY ALLEN, ET AL., COMPREHENSIVE CRIMINAL PROCEDURE (3d ed. 2011).

Ryan Watzel, *Riley's Implications for Fourth Amendment Protection in the Cloud*, 124 YALE L. J. F. 73 (2014)

S. Alex Spelman, *Drones: Updating the Fourth Amendment and the Technological Trespass Doctrine*, 16 NEV. L.J. 373 (2015).

Samantha G. Zimmer, *Cell Phone or Government Tracking Device: Protecting Cell Site Location Information with Probable Cause*, 56 DUQ. L. REV. 107 (2018).

STEPHEN C. THAMAN, EXCLUSIONARY RULES IN COMPARATIVE LAW (2013).

Stephen E. Henderson, *After United States v. Jones, After the Fourth Amendment Third Party Doctrine*, 14 N.C. J.L. & TECH. 431 (2013).

Stephen E. Henderson, *Carpenter v. United States and the Fourth Amendment: The Best Way Forward*, 26 WM. & MARY BILL RTS. J. 495 (2017).

Susan Freiwald, *Cell Phone Location Data and the Fourth Amendment: A Question of Law, Not Fact*, 70 MD. L. REV. 681 (2011).

THOMAS K. CLANCY, *THE FOURTH AMENDMENT: IT'S HISTORY AND INTERPRETATION* (2013).

Thomas K. Clancy, *The Framers' Intent: John Adams, His Era, and the Fourth Amendment*, 86 INDIANA L. J. 979 (2011).

Thomas Rosso, *Unlimited Data? : Placing Limits on Searching Cell Phone Data Incident to a Lawful Arrest*, 82 FORDHAM L. REV. 2443 (2014).

TRACY MACLIN, *THE SUPREME COURT AND THE FOURTH AMENDMENT'S EXCLUSIONARY RULE* (2013).

W. Michael Cox and Richard Alm, *You Are What You Spend*, N.Y. Times Opinion, February 10, 2008, <https://www.nytimes.com/2008/02/10/opinion/10cox.html>, last visited July 24, 2022.

Wayne A. Logan, *An Exception Swallows a Rule: Police Authority To Search Incident to Arrest*, 19 YALE L. & POL'Y REV. 381 (2001).

1 WAYNE R. LAFAVE, *SEARCH AND SEIZURE: A TREATISE ON THE FOURTH AMENDMENT* (4th ed. 2004).

1 WAYNE R. LAFAVE, *SEARCH AND SEIZURE: A TREATISE ON THE FOURTH AMENDMENT* (5th ed. 2012).

William J. Stuntz, *The Substantive Origins of Criminal Procedure*, 105 YALE L.J. 393 (1995).

YALE KAMISAR, ET AL., *MODERN CRIMINAL PROCEDURE: CASES, COMMENTS AND QUESTIONS* (13th ed. 2012).

<邦語文献>

渥美東洋『捜査の原理』(有斐閣、1979年)。

渥美東洋『全訂刑事訴訟法 第2版』(有斐閣、2009年)。

渥美東洋編『米国刑事判例の動向IV』(中央大学出版部、2012年)。

池亀尚之「Riley v. California, 134 S. Ct. 2473 (2014) 一逮捕に伴って実施された携帯電話内のデジタル情報の無令状捜査が、合衆国憲法第4修正に違反すると判断された事例」アメリカ法 2015年 144頁 (2015年)。

池亀尚之「GPS 捜査——近時の刑事裁判例の考察と法的問題点の整理——」愛知大学法学部法経論集 209号 77頁 (2016年)。

池亀尚之「情報技術の高度化と犯罪捜査(1)——犯罪捜査のための情報収集の法的規律の在り方——」愛知大学法学部法経論集 215号 71頁 (2018年)。

池亀尚之「情報技術の高度化と犯罪捜査(2)——犯罪捜査のための情報収集の法的規律の在り方——」愛知大学法学部法経論集 217号 113頁 (2018年)。

池亀尚之「情報技術の高度化と犯罪捜査(3)——犯罪捜査のための情報収集の法的規律の在り方——」愛知大学法学部法経論集 218号 191頁 (2018年)。

池亀尚之「情報技術の高度化と犯罪捜査(4)——犯罪捜査のための情報収集の法的規律の在り方——」愛知大学法学部法経論集 221・222号 77頁 (2020年)。

池亀尚之「情報技術の高度化と犯罪捜査(5)——犯罪捜査のための情報収集の法的規律の在り方——」愛知大学法学部法経論集 224・225号 37頁 (2020年)。

池田修=前田雅英『刑事訴訟法講義 第4版』(東京大学出版会、2012年)。

池田修=前田雅英『刑事訴訟法講義 第7版』(東京大学出版会、2022年)。

池田公博「法的根拠を要する捜査手法——ドイツ法との比較を中心に」刑法雑誌 55巻 3号 410頁 (2016年)。

池田公博「無令状捜査における証拠存在の蓋然性の意義」研修 825号 3頁 (2017年)。

池田公博「『強制処分法定』の根拠と適用基準」刑法雑誌 58巻 3号 378頁 (2020年)。

石井夏生利ほか編『個人情報保護法コンメンタール』(勁草書房、2021年)。

石田倫識「判批」法学セミナー749号 98頁 (2017年)。

石渡聖名雄「逃走中の被疑者の所在把握等のため、通信事業者内設置の装置から将来の携帯電話の位置情報を探索するために同装置の検証令状を発付する際留意すべき事項」高麗邦彦=芹澤政治編『令状に関する理論と実務II』別冊判例タイムズ 35号 144頁 (判例タイムズ社、2013年) 所収。

伊藤博路「強制処分という概念に関する一考察」山口厚ほか編『寺崎嘉博先生古稀祝賀論文集 上巻』21頁 (2021年) 所収。

伊藤雅人=石田寿一「判解」ジュリスト 1507号 106頁 (2017年)。

伊藤嘉亮「判批」法律時報 91巻 5号 150頁 (2019年)。

稲谷龍彦「情報技術の革新と刑事手続」井上正仁＝酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』40頁（有斐閣、2013年）所収。

稲谷龍彦『刑事手続におけるプライバシー保護』（弘文堂、2017年）。

乾直行「監視型警察活動におけるルール形成・序説」一橋法学20巻2号535頁（2021年）。

井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』（有斐閣、1997年）。

井上正仁『強制捜査と任意捜査』（有斐閣、2006年）。

井上正仁＝酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、2013年）。

井上正仁『強制捜査と任意捜査 新版』（有斐閣、2014年）。

井上正仁「令状主義の意義」『刑事訴訟法の争点』74頁（有斐閣、2013年）所収。

井上正仁「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選（第10版）』64頁（2017年）所収。

指宿信「GPS利用捜査とその法的性質—承諾のない位置情報取得と監視型捜査をめぐって」法律時報87巻10号58頁（2015年）。

指宿信編『GPS捜査とプライバシー保護—位置情報取得捜査に対する規制を考える』（現代人文社、2018年）。

指宿信「判批」新・判例解説 Watch24号188頁（2019年）。

指宿信「判批」Law & Technology 92号40頁（2021年）。

岩崎正「判批」新・判例解説 Watch 文献番号 z18817009-00-081422038（2021年）。

海野敦史『通信の自由と通信の秘密—ネットワーク社会における再構成』（尚学社、2018年）。

海野敦史「携帯電話の位置情報の法的取扱いをめぐる近年の米国の議論」情報通信学会誌33巻1号29頁（2015年）。

海野敦史「強制処分法定主義との関係におけるモザイク理論の功罪とその示唆—監視型情報収集の強制処分への該当性をめぐる判断基準としての役割—」InfoCom review72号47頁（2018年）。

宇賀克也『新・個人情報保護法の逐条解説』（有斐閣、2021年）。

宇藤崇「判批」法学教室440号152頁（2017年）。

大久保隆志『刑事訴訟法』（新世社、2014年）。

大久保正人「新しい捜査方法の適法性について」桃山法学25号25頁（2015年）。

大沢秀介＝大林啓吾編『アメリカの憲法問題と司法審査』（正文堂、2017年）。

大澤裕「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選 第10版』5頁（有斐閣、2017年）。

太田茂「いわゆる『包括的差押え』をめぐる諸問題について」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集・下』435頁（2014年）。

太田茂「GPS捜査による位置情報の取得について」刑事法ジャーナル48号61頁（2016年）。

大野正博「令状によらない熱線画像装置(thermal imager)の使用が合衆国憲法修正4条に違反するとされた事例 *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001)」朝日法学論集31号27頁

(2004年)。

大野正博「プライバシーの合理的期待—近時の科学的捜査に関する判例を題材として—」朝日法学論集 36号 93頁 (2009年)。

大野正博「携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー」朝日法学論集 39号 77頁 (2010年)。

大野正博「GPSを用いた被疑者等の位置情報探索」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集・下』485頁 (2014年)。

大野正博「いわゆる『現代型捜査』の発展と法の変遷」法学セミナー752号 22頁 (2017年)。

大橋充直「携帯電話の捜査実務(導入編)」捜査研究 677号 66頁 (2007年)。

大林啓吾「情報公開におけるモザイク理論の限界—限定的な情報照合可能性を理由とした非開示決定の是非—」季報情報公開個人情報保護 75号 47頁 (2019年)。

岡村久道『個人情報保護法の知識 第5版』(日本経済新聞出版、2021年)。

小木曾綾「監視型捜査とその規律」刑法雑誌 55巻 3号 391頁 (2016年)。

小木曾綾「プライバシー概念と管理権概念」山口厚ほか編『寺崎嘉博先生古稀祝賀論文集上巻』41頁 (2021年) 所収。

小木曾綾「捜索・差押え(1)」刑事法ジャーナル 71号 87頁 (2022年)。

小木曾綾「捜索・差押え(2)」刑事法ジャーナル 72号 97頁 (2022年)。

小木曾綾「刑事手続における情報通信技術活用の周辺」研修 887号 3頁 (2022年)。

音無知展『プライバシー権の再構成:自己情報コントロール権から適正な自己情報の取扱いを受ける権利へ』(有斐閣、2021年)。

尾崎愛美「GPS捜査の適法性に関する最高裁大法廷判決を受けて(上)」捜査研究 798号 43頁 (2017年)。

尾崎愛美=亀井源太郎「基地局位置情報取得捜査と令状の要否—Carpenter v. United States判決を契機として—」情報法制研究 4号 15頁 (2018年)。

尾崎愛美「近時の米国におけるモザイク理論の展開(1)」杏林社会科学研究 37巻 1号 35頁 (2021年)。

戒能通孝=伊藤正己編『プライバシー研究』(日本評論社、1962年)。

葛虹「アメリカ合衆国憲法修正4条とプライバシーの合理的期待テスト(1)」広島法学 44巻 1号 61頁 (2020年)。

鴨良弼『刑事訴訟法の基本理念』(九州大学出版会、1985年)。

川出敏裕「任意捜査の限界」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀 刑事裁判論集(下)』30頁 (判例タイムズ社、2006年) 所収。

川出敏裕「コンピュータ・ネットワークと越境捜査」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』409頁所収 (有斐閣、2019年)。

川出敏裕『『強制処分』の概念とその規律——現状と今後の課題——』刑法雑誌 58巻 3号 367頁 (2020年)。

川出敏裕「判批」論究ジュリスト 37号 121頁 (2021年)。

香城敏磨「判解」最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和 51年度 73頁 (1984年)。

香城敏磨「Chimel v. California (395 U.S. 752, 1969)——逮捕に伴う捜索・差押えは、被逮捕者の身体およびその直接の支配下にある場所においてのみ行なうことができ、この範囲をこえるときは第4修正に違反する」アメリカ法 1970年 2号 278頁 (1970年)。

後藤昭「判批」法律時報 89巻 6号 4頁 (2017年)。

小林充『刑事訴訟法 第5版』(立花書房、2015年)。

小林直三『情報社会の憲法学：情報プライバシー・データマイニング・司法』(学文社、2021年)。

小向太郎『情報法入門 第4版』(NTT出版、2018年)。

小早川義則「Riley v. California, 573 U.S. -, 134 S. Ct.2473(2014年 6月 25日)：警察官は一般に、令状なしに、適法に逮捕された個人から押収された(セル式)携帯電話に記憶されているデジタル情報を押収できない。」名城ロースクール・レビュー37号 119頁 (2016年)。

財団法人自治体国際化協会「米国における情報公開制度の現状」2002年 05月 23日 (http://www.clair.or.jp/j/forum/c_report/pdf/226-1.pdf, 2022年 9月 12日最終閲覧)。

斎藤司『『議会の自己決定義務』と『法律の留保原則』、そして『強制処分法定主義』の意義』犯罪と刑罰 29号 49頁 (2020年)。

斎藤司「判批」Law & Technology93号 42頁 (2021年)

酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣、2015年)。

酒巻匡「令状における条件の付加について」研修 658号 3頁 (2003年)。

酒巻匡「刑事手続における任意手段の規律について」法学論叢 162巻 1号 91頁 (2008年)。

笹倉宏紀「捜査法の思考と情報プライバシー権」法律時報 87巻 5号 70頁 (2015年)。

笹倉宏紀「捜査法の体系と情報プライバシー」刑法雑誌 55巻 3号 423頁 (2016年)。

笹倉宏紀ほか「強制・任意・プライバシー [続] ——GPS 捜査大法廷判決を読む、そしてその先へ」法律時報 90巻 1号 54頁 (2018年)。

笹倉宏紀「強制・任意・プライバシー——『主観法モデル』でどこまで行けるか——」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』253頁所収 (有斐閣、2019年)。

笹倉宏紀『『令状主義』の射程と機能』刑法雑誌 58巻 3号 398頁 (2020年)。

佐藤正滋「Entick v. Carrington と若干の近時の判例」成城法学 1号 169頁 (1978年)。

椎橋隆幸『刑事訴訟法の理論的展開』(信山社、2010年)。

椎橋隆幸「GPS 捜査平成 29年 3月 15日最高裁大法廷判決の意義と射程 (後)」研修 851号 3頁 (2019年)。

椎橋隆幸編『米国刑事判例の動向VII』(中央大学出版部、2020年)。

四方光「判批」法学教室 491号 75頁 (2021年)。

清水真「捜査方法としての遮蔽空間の探知に関する考察」明治大学法科大学院論集 8号 31頁 (2010年)。

清水真「自動車の位置情報把握による捜査手法についての考察」法学新報 117 巻 7・8 号 443 頁 (2011 年)。

清水真「捜査手法としての GPS 端末の装着と監視・再論」明治大学法科大学院論集 13 号 163 頁 (2013 年)。

下山瑛二「イギリス法における基本権」東京大学社会科学研究所編『基本的人権 2 歴史 I』294 頁 (東京大学出版会、1968 年)。

洲見光男「California v. Carney, 471 U.S. 386, 105 S. Ct. 2066 (1985)——モーター・ホームに対する無令状捜索が適法とされた事例」アメリカ法 1987 年 2 号 428 頁 (1987 年)。

洲見光男「任意捜査と権利制約の限界」刑法雑誌 39 巻 2 号 236 頁 (2000 年)。

洲見光男「修正四条の適用判断と『明白な準則』—『捜索』該当性判断を中心として—」三原憲三先生古稀祝賀論文集編集委員会編『三原憲三先生古稀祝賀論文集』717 頁 (成文堂、2003 年)。

洲見光男「Kyllo v. United States, 533 U.S. 27, 121 S. Ct. 2038 (2001)——令状によらない熱画像器(温度感知器)の使用が第 4 修正に違反するとされた事例」アメリカ法 2003 年 1 号 204 頁 (2003 年)。

洲見光男「嫌疑に基づかない捜索と修正四条の保護」法律論叢 79 巻 6 号 41 頁 (2007 年)。

洲見光男「最近の判例 Arizona v. Gant, 556 U.S. ___, 129 S. Ct. 1710 (2009)——逮捕に伴う無令状の自動車捜索が許される場合」アメリカ法 2010 年 1 号 247 頁 (2010 年)。

洲見光男「修正 4 条の保護とその実現——令状要件の例外を中心として——」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集・下』463 頁 (2014 年)。

洲見光男「強制処分法定主義、強制処分 (最大判平成 29・3・15)」法学教室 470 号 10 頁 (2019 年)。

洲見光男「令状要件の例外の及ぶ範囲——自動車捜索に関する連邦最高裁判例の動向——」法学新報 125 巻 11・12 号 503 頁 (2019 年)。

洲見光男「『プライバシーへの合理的な期待』とその指標としての財産権」同志社法学 72 巻 7 号 265 頁 (2021 年)。

須田祐子『データプライバシーの国際政治：越境データをめぐる対立と協調』(勁草書房、2021 年)。

鈴木一義「秘密捜査官の関与と自己負罪拒否特権の侵害について」山口厚ほか編『寺崎嘉博先生古稀祝賀論文集 上巻』159 頁 (2021 年) 所収。

総務省「電気通信事業における個人情報保護に関するガイドライン (平成 29 年総務省告示第 152 号。最終改正平成 29 年総務省告示第 297 号) の解説」2017 年 9 月 (https://www.soumu.go.jp/main_content/000735774.pdf, 2022 年 7 月 24 日最終閲覧)。

高橋直哉「判批」法学教室 493 号 142 頁 (2021 年)。

高橋則夫「Oliver v. United States; Maine v. Thornton, 466 U.S. 170, 104 S. Ct. 1735 (1984)——open fields における無令状捜索は、open fields 法理の適用により、第 4 修正に違反し

ない」アメリカ法 1987 年 2 号 434 頁 (1987 年)。

高橋則夫「上空からの写真撮影・肉眼観察と修正 4 条」判例タイムズ 642 号 70 頁 (1987 年)。

高村紳「携帯電話保存情報の逮捕に伴う無令状捜索についての考察 : Riley 事件判決の検討を基に」法学研究論集 45 号 165 頁 (2016 年)。

高村紳「モザイク理論の検討——Orin S. Kerr の議論を参考に——」明治大学大学院法学研究論集 47 号 37 頁 (2017 年)。

高村紳「携帯電話位置情報の取得による監視型捜査の適法性についての検討」法学研究論集 50 巻 45 頁 (2019 年)。

滝沢誠「捜査における位置情報の取得—ドイツ法を踏まえて」刑事法ジャーナル 48 号 41 頁 (2016 年)。

滝谷英幸「英米刑事法研究(28)アメリカ合衆国最高裁判所刑事判例研究 住居の敷地内における薬物探知犬を用いた捜査活動の『捜索』該当性——Florida v. Jardines, 133 S. Ct. 1409 (2013)」比較法学 48 巻 2 号 97 頁 (2014 年)。

田口守一「捜索・差押えにおけるプライバシー保護」現代刑事法 5 巻 5 号 17 頁 (2003 年)。

竹内真理「判批」ジュリスト臨時増刊 1570 号 248 頁〔令和 3 年度重要判例解説〕(2022 年)。

田中開「『ビッグデータ時代』における位置情報の収集と連邦憲法第 4 修正——アメリカにおける近況 (Carpenter v. United States, 585 U.S. __ (2018))」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』433 頁 (有斐閣、2019 年) 所収。

田中浩之 = 葛大輔編『60 分でわかる！改正個人情報保護法超入門』(技術評論社、2022 年)。

田中優企「判批」法学教室 490 号 149 頁 (2021 年)。

田宮裕『刑事訴訟法 新版』(有斐閣、1996 年)。

田宮裕『捜査の構造』(有斐閣、1971 年)。

田村正博「犯罪捜査における情報の取得・保管と行政法的統制」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集・下』517 頁 (2014 年)。

壇上弘文「科学的捜査の行方——GPS 捜査に関する最高裁判決を契機として——」法学新報 125 巻 11・12 号 563 頁 (2019 年)。

佃克彦『プライバシー権・肖像権の法律実務 第 3 版』(弘文堂、2020 年)。

辻雄一郎「合法的逮捕に伴うスマートフォンの無令状捜索に関する憲法学的考察」法政論叢 51 巻 2 号 (2015 年)。

辻本典央「監視型捜査に対する法規制の未来」法学セミナー 752 号 33 頁 (2017 年)。

辻脇葉子「科学的捜査方法とプライバシーの合理的期待」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集 (下巻)』645 頁 (成文堂、2014 年) 所収。

土屋眞一「判批」判例時報 2150 号 8 頁 (2012 年)。

津村政孝「憲法訴訟研究会(第 145 回)家屋内から発せられる熱を測定する thermal imaging 装置と第 4 修正の『捜索』 [Kyllo v. United States, 533 U.S. 27 (2001)]」ジュリスト 1434 号

135 頁 (2011 年)。
照沼亮介「判批」ジュリスト臨時増刊 1570 号 131 頁〔令和 3 年度重要判例解説〕(2022 年)。
中川孝博「裸の強制処分——刑事訴訟法 197 条 1 項の解釈試論——」犯罪と刑罰 29 号 5 頁 (2020 年)。
中嶋信生＝有田武美『携帯電話はなぜつながるのか』(日経 BP 社、2007 年)。
中島宏「GPS 捜査最高裁判決の意義と射程」法学セミナー752 号 10 頁 (2017 年)。
中曾久雄「携帯電話の位置情報とプライバシー②」愛媛大学教育学部紀要 66 巻 101 頁(2019 年)。
中園江里人「電磁的記録媒体の差押え」近畿大学法科大学院論集 14 号 65 頁 (2018 年)。
中谷雄二郎「位置情報捜査に対する法的規律」刑事法ジャーナル 48 号 48 頁 (2016 年)。
中谷雄二郎「DNA 型情報の詐欺的取得について——捜査行為の強制処分性の判断基準——」刑事法ジャーナル 59 号 45 頁 (2019 年)。
中野目善則「判批」ジュリスト臨時増刊 1570 号 147 頁〔令和 3 年度重要判例解説〕(2022 年)。
中山代志子「政府による間接的情報収集, 特に第三者を通じた情報収集に関する米国法理——第三者理論 (Third Party Doctrine) と電子的監視をめぐって——」比較法学 49 巻 2 号 99 頁 (2015 年)。
名和小太郎『個人データ保護 イノベーションによるプライバシー像の変容』(みすず書房、2008 年)。
長谷部恭男『憲法とは何か』(岩波書店、2006 年)。
原田大樹「行政法学から見た強制処分法定主義」犯罪と刑罰 29 号 93 頁 (2020 年)。
平江徳子「GPS (全地球測位システム) を用いた捜査」福岡大学法学論叢 62 巻 1 号 279 頁 (2017 年)。
平木正洋「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選 第 9 版』55 頁 (2011 年)。
藤井樹也「Florida v. Jardines, 133 S. Ct. 1409 (2013) —警察官が住宅敷地内の玄関前ポーチに住人の同意なしに立ち入り、薬物探知犬を使用して家屋内の薬物臭を調べた措置が、第 4 修正にいう捜査に該当すると判断された事例」アメリカ法 2014 年 419 頁 (2014 年)。
星周一郎「捜査における継続的ビデオ撮影の許容性」刑事法ジャーナル 59 号 58 頁 (2019 年)。
星周一郎「サイバー空間の犯罪捜査と国境・覚書き」警察学論集 73 巻 4 号 72 頁 (2020 年)。
星周一郎「デジタル時代の捜査とプライバシー概念との相関」警察政策 138 頁 (2022 年)。
堀口悟郎「判批」法学セミナー750 号 104 頁 (2017 年)。
星周一郎「判批」刑事法ジャーナル 69 号 264 頁 (2021 年)。
堀田周吾「サイバー空間における犯罪捜査とプライバシー」法学会雑誌 56 号 569 頁 (2015 年)。
堀江慎司「刑事訴訟法 220 条 1 項 2 号による無令状捜索の空間的範囲」酒巻匡ほか編『井

上正仁先生古稀祝賀論文集』385頁所収（有斐閣、2019年）。

前田雅英「判批」捜査研究770号56頁（2015年）。

前田雅英「判批」WLJ判例コラム101号（2017WLJCC009）（2017年）。

前田雅英「判批」捜査研究798号28頁（2017年）。

眞島知子「アメリカ合衆国におけるGPSを使用した犯罪捜査」中央大学大学院研究年報41号217頁（2011年）。

升田純『現代社会におけるプライバシーの判例と法理—個人情報保護型のプライバシーの登場と展開』（青林書院、2009年）。

松井茂記ほか『インターネット法』（有斐閣、2015年）。

松尾浩也「Warden v. Hayden, 387 U.S. 294 (1967)—単なる証拠物にすぎない物も差押えの対象とすることができる—」アメリカ法1969年1号79頁（1969年）。

松代剛枝『監視型捜査手続の分析』（日本評論社、2018年）。

松前恵環「個人情報保護法制における『通知・選択アプローチ』の意義と課題—近時の議論動向の分析とIoT環境に即したアプローチの考察—」InfoCom review72号30頁（2018年）。

水谷恭史＝関口和徳「判批」季刊刑事弁護109号140頁（2022年）。

三井誠＝池亀尚之「犯罪捜査におけるGPS技術の利用—最近の合衆国刑事裁判例の動向—」刑事法ジャーナル42号55頁（2014年）。

緑大輔「合衆国での逮捕に伴う無令状捜索—チャイメル判決以降—」一橋論叢128巻1号75頁（2002年）。

緑大輔「無令状捜索押収と適法性判断（1）—憲法35条による権利保障—」修道法学28巻1号143頁（2005年）。

緑大輔「無令状捜索押収と適法性判断（2）—憲法35条による権利保障—」修道法学28巻2号85頁（2006年）。

緑大輔「無令状捜索押収と適法性判断（3・完）—憲法35条による権利保障—」修道法学29巻1号89頁（2006年）。

緑大輔「United States v. Jones, 132 S. Ct. 945 (2012)—GPS監視装置による自動車の追跡の合憲性—」アメリカ法2013年356頁（2013年）。

緑大輔「監視型捜査における情報取得時の法的規律」法律時報87巻5号65頁（2015年）。

緑大輔「逮捕に伴う電子機器の内容確認と法的規律—Riley判決を契機として—」一橋法学15巻2号673頁（2016年）。

緑大輔「監視型捜査と被侵害利益—ジョーンズ判決を手がかりとして—」刑法雑誌55巻3号396頁（2016年）。

緑大輔「GPS装置による動静監視の理論問題」季刊刑事弁護89号92頁（2017年）。

緑大輔「携帯電話会社基地局に蓄積された被疑者の位置情報履歴を捜査機関が無令状で取得した行為が違憲とされた事例」判例時報2379号128頁（2018年）。

緑大輔「検証に関わる諸問題」刑法雑誌57巻3号485頁（2018年）。

緑大輔「捜査法における明文規定の必要性和その規律の密度」犯罪と刑罰 29 号 25 頁 (2020 年)。

宮下紘『プライバシー権の復権 (自由と尊厳の衝突)』(中央大学出版部、2015 年)。

宮下紘『プライバシーという権利: 個人情報なぜ守られるべきか』(岩波書店、2021 年)。

村上康二郎『現代情報社会におけるプライバシー・個人情報の保護』(日本評論社、2017 年)。

森本哲也『概説 アメリカ連邦刑事手続』(信山社、2005 年)。

森本直子「被逮捕者の携帯電話の捜索と令状の必要性— Riley v. California, 134 S. Ct. 2473 (2014)—」比較法学 49 卷 2 号 336 頁 (2015 年)。

安井哲章「合衆国憲法第五修正の自己負罪拒否特権の誕生」法学新報 127 卷 9・10 号 83 頁 (2021 年)。

安富潔『ハイテク犯罪と刑事手続』(慶應義塾大学法学研究会、2000 年)。

柳川重規「科学機器・技術を用いた捜索・差押え」現代刑事法 5 卷 5 号 54 頁(2003 年)。

柳川重規「逮捕に伴う捜索・押収の法理と携帯電話内データの捜索——合衆国最高裁 Riley 判決の検討——」法学新報 121 号 527 頁 (2015 年)。

柳川重規『『プライバシーの合理的期待』という概念についての一考察』井田良ほか編『新時代の刑事法学 上巻』135 頁 (信山社、2016 年) 所収。

柳川重規「捜査における位置情報の取得—アメリカ法を踏まえて」刑事法ジャーナル 48 号 30 頁 (2016 年)。

柳川重規「アメリカ刑事法の調査研究 (155) Birchfield v. North Dakota, 579 U.S. ___, 136 S. Ct. 2160 (2016)」比較法雑誌 52 卷 1 号 145 頁 (2018 年)。

柳川重規「位置情報 (GPS・基地局情報) 取得の規律～近時の合衆国最高裁判決にも触れて」警察政策学会資料 104 号 1 頁 (2018 年)。

柳川重規「海外法律事情 アメリカ刑事法の調査研究(161) Carpenter v. United States, 585 U.S. ___, 138 S.Ct. 2206 (2018)」比較法雑誌 53 卷 3 号 341 頁 (2019 年)。

柳川重規「位置情報とプライバシー」法学新報 125 卷 11・12 号 605 頁 (2019 年)。

柳川重規「位置情報の取得」刑事法ジャーナル 59 号 37 頁 (2019 年)。

柳川重規「アメリカ刑事法の調査研究 (166) Mitchell v. Wisconsin, 588 U.S. ___, 139 S. Ct. 2525 (2019)」比較法雑誌 54 卷 4 号 217 頁 (2021 年)。

山田哲史「新技術と捜査活動規制 (1) ——合衆国最高裁 Riley 判決の検討をきっかけに——」岡山大学法学会雑誌 65 卷 1 号 178 頁 (2015 年)。

山田哲史「新技術と捜査活動規制 (2・完) ——合衆国最高裁 Riley 判決の検討をきっかけに——」岡山大学法学会雑誌 65 卷 2 号 500 頁 (2015 年)。

山田哲史「GPS 捜査と憲法」法学セミナー752 号 28 頁 (2017 年)。

山田哲史「法律の留保原則と強制処分法定主義——憲法学の観点から——」犯罪と刑罰 29 号 73 頁 (2020 年)。

山中俊夫「アメリカ刑事法判例訳選 1 『オルムステッド対合衆国』事件 Olmstead v. United

States, 277 U.S. 438 (1928).」同志社法學 17 号 425 頁 (1965 年)。

山本龍彦「警察による情報の収集・保存と憲法」警察学論集 63 卷 8 号 111 頁 (2010 年)。

山本龍彦『プライバシーの権利を考える』(信山社、2017 年)。

洋泉社編集部編『サイバー犯罪とデジタル鑑識の最前線!』(洋泉社、2011 年)。

横山裕一「判批」日本大学法科大学院法務研究 19 号 95 頁 (2022 年)。

吉戒純一「判批」ジュリスト 1562 号 98 頁 (2021 年)。

吉峯耕平ほか「デジタル・フォレンジックの原理・実際と証拠評価のあり方」季刊刑事弁護 77 号 134 頁 (2014 年)。

渡辺咲子「任意捜査の限界—検察の立場から—」三井誠ほか編『新刑事手続 I』147 頁 (悠々社、2002 年) 所収。

ダニエル・J・ソローヴ (大谷卓史訳)『プライバシーの新理論 概念と法の再考』(みすず書房、2013 年)。

ダニエル・J・ソローヴ (大島義則ほか訳)『プライバシーなんていない!? 情報社会における自由と安全』(勁草書房、2017 年)。

ローク M. リードほか『アメリカの刑事手続』(有斐閣、1987 年)。